

ISSN 1518-0891

Revista

do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios



n. 11 • 2019

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

n. 11 • 2019

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – MPDFT

Fabiana Costa Oliveira Barreto
Procuradora-Geral de Justiça

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

André Vinícius Espírito Santo de Almeida
Vice-Procurador-Geral de Justiça Institucional

José Valdenor Queiroz Junior
Corregedor-Geral

Moacyr Rey Filho
Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça

Wagner de Castro Araújo
Secretário-Geral

CONSELHO SUPERIOR DO MPDFT

Presidente: Fabiana Costa Oliveira Barreto
Procuradora-Geral de Justiça

Vice-Presidente: José Firmo Reis Soub
Procurador de Justiça

Secretária: Arinda Fernandes
Procuradora de Justiça

Corregedor-Geral: José Valdenor Queiroz Junior
Procurador de Justiça

CONSELHEIROS

Ruth Kicis Torrents Pereira
Procuradora de Justiça

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

Benis Silva Queiroz Bastos
Procuradora de Justiça

Katie de Sousa Lima Coelho
Procuradora de Justiça

Arinda Fernandes
Procuradora de Justiça

Mauro Faria de Lima
Procurador de Justiça

Eduardo José Oliveira de Albuquerque
Procurador de Justiça

Tânia Regina Fernandes Gonçalves Pinto
Procuradora de Justiça

Antônio Ezequiel de Araújo Neto
Procurador de Justiça

Conselheiro Suplente
Antônio Ezequiel de Araújo Neto
Procurador de Justiça

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

n. 11 • 2019

ISSN 1518-0891

R. Minist. Públ. Dist. Fed. Territ.	Brasília	n. 11	p. 1-564	2019
-------------------------------------	----------	-------	----------	------

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

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

CONSELHO EDITORIAL

Flávio Augusto Milhomem
Promotor de Justiça

Rodolfo Cunha Salles
Promotor de Justiça

Wanessa Alpino Bigonha Alvim
Promotora de Justiça

José Theodoro Correa de Carvalho
Promotor de Justiça

Cláudia Maria de Freitas Chagas
Promotora de Justiça

Pedro Thomé de Arruda Neto
Promotor de Justiça

Roberto Carlos Silva
Promotor de Justiça

Raquel Tiveron
Promotora de Justiça

Roberto Carlos Batista
Promotor de Justiça

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. 8 (2014).

ISSN 1518-0891.

ISSN 2237-9770 (versão eletrônica).

Publicação descontinuada: 2017 e 2018.

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: Flávio Augusto Milhomem
(Procurador de Justiça)

Apoio operacional: Patrícia Delacélia Mendonça,
Fabiana Oliveira Borges, Samara Botelho Vaz
Almeida

Capa: Camila Gabriela de Araújo Antunes

Projeto visual: Secretaria de Comunicação do
MPDFT

Informática: Paulo Henrique Ferreira L. Ellery

Normalização e formatação (BIB/DBI/CDI):

Cristiane Vieira da Silva, Érika Carvalho Lemos
de Oliveira, Joance Fernandes Rocchetti, Wesley
Oliveira Leite

Produção gráfica: Gráfica e Editora Movimento

Revisão de português: Samara Botelho Vaz Almeida

Revisão de inglês: André Luiz Rodrigues de Almeida

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



Sumário

Prefácio	7
Editorial	11
Nepotismo como ato de improbidade administrativa <i>Fernanda Bahia da Silva</i>	13
A inviabilidade de extensão dos benefícios da colaboração premiada aos atos de improbidade administrativa <i>Flávia Santoro Carmona</i>	37
Audiência de custódia: possibilidade de utilização da oitiva do conduzido como meio de prova <i>Ruy Reis Carvalho Neto</i>	89
Ouvidoria como instância de governança no setor público <i>Rose Meire Cyrillo</i>	127
O ecoar da pena no sistema prisional feminino do Distrito Federal <i>Davi José dos Santos</i>	143
A valoração dos atos infracionais para fundamentar a decretação da prisão preventiva <i>Renato Augusto Ercolin</i>	193
A atuação da Promotoria de Justiça do Gama nos casos de violência doméstica: buscando novas formas de enfrentamento <i>Laiane Vasconcelos Leão Velame</i>	217

Princípios norteadores do emprego do cão de captura dentro do uso diferenciado da força e o Direito Penal

Raimundo Ricardo Alexandre275

Políticas de segurança pública e sistema de justiça criminal: o Ministério Público e o Poder Judiciário nos planos nacionais de segurança pública

Ericson dos Santos Cerqueira.....303

O ápice da atuação: omissões legislativas (i)legitimam o ativismo judicial

Thompson Adans Rodrigues Gomes e Carlos Eduardo da Silva Galante345

O âmbito de aplicação da Lei nº 11.340/2006: o conceito de violência baseada no gênero e suas implicações na competência do órgão julgador

Frederico Alencar Monteiro Borges391

O regime legal do tráfico de pessoas no Brasil: uma análise das razões da intervenção penal à luz da normativa internacional

Zanaliz Mara Cândido da Costa.....449

Princípio da oportunidade como instrumento de enfrentamento da ineficácia na Justiça brasileira

Bárbara Lima Rocha Azevedo503

Normas editoriais para os autores.....559

Prefácio

É com muita satisfação que apresento a vocês, leitores, a 11ª edição da Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Trata-se de publicação científica que reúne em seu conteúdo o olhar crítico e apurado a respeito de temáticas relacionadas ao Direito e à atuação do Ministério Público em sua mais nobre missão, que é a defesa da sociedade.

Os artigos aqui reunidos espelham a dedicação de integrantes do MPDFT e de colaboradores externos, amigos e parceiros desta Casa, que, por meio da pesquisa científica, vislumbram possibilidades de aprimoramento da atuação institucional e dos serviços prestados ao cidadão.

Não será exagero afirmar que cada edição da Revista do MPDFT, a exemplo de tantas outras publicações igualmente respeitadas no meio jurídico e acadêmico, representa uma importante contribuição tanto para a construção do saber quanto para o aprofundamento do debate acerca de temáticas emergentes. De outra forma, patrocinar tal publicação é mais uma maneira de devolver à sociedade a confiança que nos foi creditada.

Vale destacar que o Ministério Público tem um vasto campo de atuação, com atribuições que vão do Direito Penal ao Cível, em que se inclui a defesa do consumidor, do meio ambiente, da infância e da adolescência, da mulher, das populações mais vulneráveis, entre outras áreas.

Desafios recentes, como o aprimoramento do processo judicial eletrônico, a formulação de políticas públicas - uma das prioridades nesta gestão -, e o fortalecimento das ações de combate à corrupção, em que temos trabalhado pela modernização de sistemas e compartilhamento de dados, são temáticas cujo debate e pesquisa precisam ser continuamente estimulados.

O Ministério Público é uma instituição que trabalha diuturnamente com a aplicação da legislação e com o enfrentamento de problemas sociais concretos e complexos. Tem, portanto, potencial considerável para contribuir, por meio do alinhamento da prática com a teoria, para a reflexão sobre temas essenciais à população. É nesse sentido que os artigos desta revista foram idealizados, desenvolvidos e selecionados.

Ao finalizar, é importante destacar que as transformações sociais promovidas pelas mídias digitais ampliam a responsabilidade dos órgãos públicos no estímulo à produção de conhecimento e na disponibilização de informações, dados e referências.

Agradeço aos autores, que dedicaram tempo precioso na reflexão e na produção de conteúdo tão relevante; ao Conselho Editorial desta edição, em especial ao promotor de Justiça Flávio Milhomem, e a todos os que contribuíram para a conclusão desta obra.

Leitores, convido-os a dialogar com os textos aqui reunidos e a participarem das próximas edições. A Revista do MPDFT é um espaço sempre aberto à produção e à divulgação

do conhecimento, ao debate e ao aprofundamento de questões essenciais ao aprimoramento da Justiça e à proteção dos direitos assegurados ao cidadão.

Boa Leitura!

Fabiana Costa Oliveira Barreto

Procuradora-Geral de Justiça

Editorial

A Revista do MPDFT foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito. Destina-se aos operadores de Direito e tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos na seara jurídica ou em ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

A missão da Revista do MPDFT é divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou às áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito. Ademais, este periódico também estimula a reflexão sobre temas relacionados às áreas de atuação do Ministério Público e, desta forma, contribui para a melhoria dos processos de gestão estratégica da organização.

A Revista do MPDFT é voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes e tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

Nesta edição, os temas, embora sejam afetos à área do Direito, são sempre analisados sob um olhar multidisciplinar, seguindo a tendência de se relacionar as variadas áreas do conhecimento. Dentre os diversos artigos publicados, dois tratam especificamente do tema improbidade administrativa.

O primeiro, “Nepotismo como ato de improbidade administrativa”, objetiva fornecer indícios da ilegalidade do nepotismo ao leitor, situação que é enfrentada no último tópico do texto, em que se examina a violação dos princípios constitucionais da Administração Pública pelo instituto em questão, circunstância que o faz ser classificado como ato de improbidade administrativa reprimido pelas sanções impostas pela Lei nº 8.429/92. O segundo, “A inviabilidade de extensão dos benefícios da colaboração premiada aos atos de improbidade administrativa”, busca demonstrar a impossibilidade da extensão dos benefícios penais do instituto da colaboração premiada, próprio da criminalidade organizada, aos atos de improbidade administrativa, em decorrência da vedação legal atribuída pela Lei de Improbidade Administrativa à luz da Constituição Federal.

A Revista conta também com outros interessantes artigos, das variadas áreas do Direito e de outras áreas afins, cujo conteúdo vale a leitura. A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Convidamos todos os autores que queiram ter seus trabalhos publicados na Revista do Ministério Público para que os enviem ao Conselho Editorial.

O sucesso da revista depende, principalmente, da participação de vocês.

Flávio Augusto Milhomem

Coordenador do Conselho Editorial

Nepotismo como ato de improbidade administrativa

Fernanda Bahia da Silva

Analista do MPU/Apoio Jurídico, lotada no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Pós-Graduada no curso de Direito Administrativo pelo Instituto Brasileiro de Educação Virtual. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado.

Resumo: O presente artigo busca analisar o instituto do nepotismo, destacando seu conceito, as controvérsias quanto a sua origem, expondo as formas clássicas de manifestação na sociedade brasileira atual, usando como fundamentos o enunciado da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal e as novas espécies de nepotismo trazidas pela doutrina. Por intermédio dessas informações iniciais, objetiva-se fornecer indícios da ilegalidade do instituto ao leitor. Essa abordagem é feita no último tópico do texto, em que se examina a violação dos princípios constitucionais da Administração Pública pelo instituto em questão, situação que o faz ser classificado como ato de improbidade administrativa, segundo a Lei nº 8.429/92.

Palavras-chave: Nepotismo. Princípios administrativos. Improbidade. Parentesco. Cargo público. Administração pública.

Sumário: Introdução. 1 Conceito e considerações iniciais. 2 Espécies de nepotismo. 3 Nepotismo como ato de improbidade administrativa. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

A prática enraizada do nepotismo em nossa sociedade infringe os princípios básicos do Estado Democrático de Direito, assim como aqueles que devem nortear a atuação dos agentes públicos na Administração Pública, sendo considerado ato de improbidade administrativa. Este artigo tece algumas considerações sobre a origem do instituto em questão, esclarece

suas espécies e analisa de que forma ele viola o ordenamento jurídico brasileiro.

1 Conceito e considerações iniciais

O nepotismo pode ser conceituado como um instituto por meio do qual membros da família de detentores de poder ou influência no âmbito da Administração Pública são beneficiados com cargos/funções de confiança públicos. Dessa definição, verifica-se haver um posicionamento ativo por parte do detentor de poder para favorecer seus parentes, no momento em que desconsidera qualquer verificação de habilidade técnica, experiência ou capacitação do beneficiado para o preenchimento do cargo/função, o que, por consequência, implica abdicação do cumprimento do interesse público em tal fim.

Nesse sentido, encontra-se a definição no sítio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

Nepotismo é o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego. As práticas de nepotismo substituem a avaliação de mérito para o exercício da função pública pela valorização de laços de parentesco. Nepotismo é prática que viola as garantias constitucionais de impessoalidade administrativa, na medida em que estabelece privilégios em função de relações de parentesco e desconsidera a capacidade técnica para o exercício do cargo público. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA).

Tal prática, diferente do que possa parecer, não tem origem na época contemporânea da história. Pelo contrário, é um dos fenômenos sociais mais antigos da sociedade. Segundo Bellow (2006, p. 71-109), esta prática faz parte dos primórdios

da humanidade, sendo registrada não apenas nas sociedades religiosas e empresárias, mas também em tribos, clãs e impérios.

A própria definição trazida por autores de dicionários de língua portuguesa, como Michaelis e Houaiss, remonta à antiguidade do significado do nepotismo quando, por exemplo, conceituam esta prática como “Excessiva influência que os sobrinhos e outros parentes do papa exerceram na administração eclesiástica” ou “Autoridade exercida pelos sobrinhos ou demais parentes do Papa na administração eclesiástica”, e trazem a etimologia da expressão como “*lat nepos, -otis+ismo, como fr népotisme*”, remetendo sua origem à prática eclesiástica renascentista.

Contudo, em que pese grande parte dos estudiosos estabelecerem a origem do nepotismo nos séculos XV e XVI, como prática do clero italiano renascentista, em que os papas nomeavam seus sobrinhos para exercerem cargos e posições clericais de grande importância, Musetti (2001) destaca que existem indícios de favorecimento de familiares para cargos públicos no Japão durante o período Heian, por volta do ano de 669, assim como suspeitas dessa prática na própria sociedade renascentista comum, com distribuição de posições militares e políticas de relevância para membros de famílias de autoridades.

Ora, a própria origem do Brasil remonta a essa prática histórica, cite-se a carta de descobrimento do Brasil, em que Pero Vaz de Caminha escreve a Portugal pedindo um cargo público para seu sobrinho. Além disso, a história do Brasil monárquico

demonstra que o acesso aos cargos públicos se limitava à família real, aos seus parentes e suas elites, consoante Borges (2015), o que nos faz entender que o exercício do nepotismo está entre nós desde sempre.

Como se vê, o surgimento do nepotismo pode ser explicado com o nascimento das próprias sociedades, considerando que havia o predomínio das relações familiares no preenchimento das funções públicas. Privilegiava-se a concessão de cargos públicos a membros das famílias, pois, assim, tinha-se o controle de possíveis traições. Garcia (2014) destaca muito bem essa situação:

Essa vertente pode ser visualizada na conduta de Napoleão, que nomeou seu irmão, Napoleão III, para governar a Áustria, que abrangia a França, a Espanha e a Itália. Com isso, em muito diminuía as chances de uma possível traição, permitindo a subsistência do império napoleônico. (GARCIA, 2014, p. 596).

Ora, acreditava-se que parentes não seriam capazes de trair a confiança de quem os nomeou, situação que favorecia a concentração do poder nas famílias e promovia “uma perpetuação genética à prole e a própria perpetuação das espécies”, como afirma Martinez (2008), ou seja, possibilitava a perpetuação das famílias no poder.

Contudo, tal circunstância se modifica com a evolução das sociedades. Passa-se a exigir não apenas relação de confiança na ocupação dos cargos mais importantes da Administração Pública mas também competência técnica, de forma que as indicações familiares vão perdendo a legitimidade. A população passa a cobrar impessoalidade no preenchimento desses cargos, afinal,

não se pode confundir a Administração Pública com a família do administrador.

Diante de todo o histórico que permeia a origem do nepotismo, que ainda justifica a sua perpetuação na sociedade atual, podemos destacar que a característica principal que move esse instituto é o favorecimento. Mas não um favorecimento simples, direcionado a qualquer um. Esta benesse deve ser necessariamente direcionada, de acordo com o enunciado da Súmula Vinculante nº 13 do STF, “ao cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau” (BRASIL, 2008) e é realizada independentemente de verificação de qualquer habilidade técnica do beneficiado. O que importa, pois, é a nomeação para ocupar cargo na estrutura do Estado, ou seja, há a captura do Estado para a satisfação de interesses familiares.

Rodrigues (2012) esclarece quais são os laços de parentescos atingidos pelo nepotismo e justifica o porquê de o Supremo Tribunal Federal limitar a sua incidência ao favorecimento até os parentes do terceiro grau, todavia, o Código Civil de 2002 prevê apenas parentesco por afinidade até o segundo grau. Vejamos:

Em nosso ordenamento jurídico, parentes consanguíneos em linha reta são considerados pais (1º grau), avós (2º grau), bisavós (3º grau) de demais ascendentes, assim como os filhos (1º grau), netos (2º grau), bisnetos (3º grau) e demais descendentes em linha reta. Os parentes considerados colaterais ou transversais consanguíneos são apenas considerados até o 4º grau, na forma do artigo 1.592 do Código Civil, sendo estes os irmãos (2º grau), tios (3º grau), sobrinho-neto (4º grau), primo (4º grau) e tio-avô (4º grau).

A SV 13 prevê dentro do círculo de vedação o parentesco por afinidade até o terceiro grau. Aqui o STF vai além do que dispõe a lei brasileira, onde só é previsto o parentesco por afinidade até o 2º grau (ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro – CCB, art. 1.592). No ímpeto de coibir abusos, a Suprema Corte legisla (inovando, primariamente, na ordem jurídica). [...] talvez o rigor sumular justifique-se em face da prática secular, nefasta e antirrepublicana do favorecimento na administração pública brasileira. A reação a um mal enraizado na cultura brasileira deve igualmente radicalizar o combate, se pretende obter êxito. [...]

De qualquer forma, como ponderam Arakaki e Ortiz, a eventual antinomia é aparente pois, para os casos de nepotismo, utiliza-se o critério adotado pelo STF (parentesco até o terceiro grau) por abranger relações de grande proximidade no núcleo familiar brasileiro [...] (RODRIGUES, 2012, p. 209).

Contudo, diferentemente do que pode parecer, a definição de nepotismo estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal não se limita às linhas de parentesco expressamente determinadas no enunciado da Súmula Vinculante nº 13 retromencionada. O rol ali estabelecido é meramente exemplificativo e a própria Suprema Corte compartilha esse entendimento, vejamos:

EMENTA Agravo regimental na reclamação. Súmula Vinculante nº 13. Caráter preventivo. Impossibilidade. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

3. A redação do enunciado da Súmula Vinculante nº 13 não pretendeu esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, uma vez que a tese constitucional nele consagrada consiste na proposição de que essa irregularidade decorre diretamente do caput do art. 37 da Constituição Federal, independentemente da edição de lei formal sobre o tema. 4. Agravo regimental não provido. (Rcl 15451, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 27.2.2014, DJe de 3.4.2014).

Deste modo, feitas as considerações iniciais sobre a origem do nepotismo, sua conceituação e sua abrangência, necessário se faz detalhar as suas espécies.

2 Espécies de nepotismo

Inicialmente, as espécies de nepotismo podem ser definidas a partir da redação do enunciado da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal, que assim determina:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (BRASIL, 2008).

De seu teor, extraímos três espécies típicas que, para ocorrer, devem se limitar à esfera da mesma pessoa jurídica (Município, Estado, Distrito Federal e União). São elas: nepotismo direto, indireto e cruzado.

No nepotismo direto, a própria autoridade com poderes para realizar a nomeação designa seu parente para o exercício de cargo público ou função pública em órgão por ele dirigido. Segundo Borges (2015, p. 38), nessa modalidade “sem qualquer pudor ou disfarce, a autoridade nomeante seleciona um, dois ou mais parentes seus para ocuparem cargo público ou função remunerada no próprio órgão ou entidade por ele dirigido”.

Em que pese apenas lembrarmos do nepotismo direto para aquelas situações mais tradicionais já citadas no tópico anterior, Rodrigues (2012) destaca que esta espécie também abarca a hipótese de ex-sogra e ex-sogra, haja vista que, de acordo com o Código Civil de 2002, nesses casos, o vínculo de parentesco não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

O nepotismo indireto, por sua vez, ocorre “quando a autoridade, dotada de poderes para tanto, nomeia parentes de subordinados seus” (RODRIGUES, 2012, p. 210), ou seja, aqui a nomeação não recai sobre os parentes da autoridade nomeante, mas sim sobre parentes dos seus subordinados. Por exemplo, governador de estado nomeando parente de um servidor que já ocupa cargo comissionado para exercer outra função ou cargo comissionado.

Já no nepotismo cruzado, também chamado de dissimulado ou por reciprocidade, “duas autoridades ajustam entre si a nomeação de parentes, nomeando ou designando o parente da outra” (BORGES, 2015, p. 39). Desse conceito, verificamos existir um requisito indispensável para a configuração desta espécie: ajuste para a designação ou nomeações recíprocas. É assim que se posiciona o Conselho Nacional de Justiça na redação do art. 2º, inciso II, da Resolução nº 7/2005. Vejamos:

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:
[...] II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção

ou de assessoramento, *circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações*; [...] (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2005, grifo nosso).

Desse modo, sem esse requisito, a propósito, de difícil comprovação, não há que se falar na configuração da espécie em questão.

Apesar dessas hipóteses típicas, retiradas do enunciado da Súmula Vinculante nº 13 do STF e principalmente se baseando no fato de que o texto não enumera de forma taxativa as espécies de nepotismo, a doutrina vem estabelecendo outras situações e as classificando como tal.

Rodrigues (2012) faz referência ao que chama de nepotismo trocado, que aconteceria quando as designações recíprocas, características do nepotismo transversal, ocorrem entre pessoas jurídicas distintas, ou seja, entre dois municípios ou dois estados; ou até entre um município e um estado.

Por sua vez, Borges (2015) cita o nepotismo tardio ou póstumo, que se caracterizaria pela nomeação de um parente de uma autoridade recém-demitida ou recém-exonerada dos quadros da Administração Pública. Essa autoridade valer-se-ia da influência tida no órgão para, em acordo com as autoridades existentes, que a sucederam ou que a ela eram subordinadas ou subservientes, ajustar o favorecimento de seu parente. A autora destaca que essa nomeação pode ocorrer de duas formas: nomeação simultânea ao ato de desligamento da autoridade ou

nomeação do parente da autoridade desligada após a “poeira baixar”. Veja:

Conquanto não contemplada expressamente na Súmula Vinculante do STF e ainda não examinada de forma tópica pela doutrina, há uma espécie de nepotismo que muitas autoridades de valem da influência que ainda tem em órgãos ou entidades por elas outrora dirigidos para aí nomear parentes seus. Em alguns casos, a nomeação ocorre quase simultaneamente com o ato de desligamento; noutros, espera-se a “abaixar a poeira” do afastamento e logo em seguida surge na cena do serviço público o parente e herdeiro do favorecimento. Não faltam exemplos de agentes públicos que, ao se afastarem por qualquer motivo de suas repartições, ali alojam algum parente em função de confiança, sendo impossível ou muito difícil negar o favorecimento decorrente do laço parental. À espécie, por suas características, pode-se chamar, conforme denominação inédita apresentada no presente artigo, nepotismo tardio ou póstumo. (BORGES, 2015, p. 40).

Distanciando-se das principais características do nepotismo, Gasparini (2008) cria a figura do nepotismo político, que se diferenciaria do nepotismo tradicional, pelo fato de que, naquele, o favorecimento da autoridade nomeante não seria motivado por relações familiares, mas sim por relações políticas. Vejamos:

[...] a terceira espécie consubstancia a prática da nomeação de pessoas, independente de qualquer parentesco com o agente público com poder para nomear, para ocupar cargos em comissão na Administração Pública direta ou indireta, com o único objetivo de compor acordos políticos. Especificamente visam aumentar a base de sustentação política do governo junto ao Congresso Nacional; formar uma frente ampla para a aprovação de certo projeto de lei de interesse do governo; saldar uma promessa de campanha eleitoral [...] É o nepotismo político. Nesta modalidade não há qualquer preocupação da autoridade com poder para nomear em prestigiar o seu parente, pois o que deseja é selar o acordo político ou ter ao seu lado um

então opositor, embora o valimento de parente também possa estar presente. (GASPARINI, 2008, p. 76).

Vale salientar que a amplitude de novas definições de formas de nepotismo, que muitas vezes se distanciam do conceito original estabelecido pela Súmula Vinculante n. 13 (SV 13), é válida e busca dar efetividade aos princípios constitucionais que devem reger a Administração Pública, previstos tanto no artigo 37 da Constituição Federal quanto em outros dispositivos esparsos em seu texto, e que são reproduzidos em leis de todas as esferas da federação.

Explicitadas as espécies de nepotismo, necessário se faz analisar como esse instituto agride o nosso ordenamento jurídico, classificando-se como ato de improbidade administrativa.

3 Nepotismo como ato de improbidade administrativa

Como afirmado no tópico anterior, a vedação ao nepotismo, verificada atualmente na amplitude de hipóteses fornecidas pela doutrina e pela jurisprudência, visa dar efetividade aos princípios básicos da Administração Pública, elencados no art. 37 da Carta Magna, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, e à igualdade, basilar do próprio Estado Democrático de Direito. Vejamos de que forma o nepotismo infringe esses princípios e se caracteriza como ato de improbidade administrativa, vedado pela Lei nº 8.429/92.

Inicialmente, convém destacar que a lei em questão, no *caput* do artigo 11, classifica como ímprobos atos administrativos que atentem contra os princípios da Administração Pública, ao prever

que “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...]” (BRASIL, 1992). Em que pese especificar diversos atos que se configuram como ímprobos, a lista ali contida não é taxativa, de modo que qualquer ação ou omissão que infrinja os princípios e deveres ali mencionados são caracterizáveis como atos de improbidade administrativa e, nesse âmbito, insere-se o nepotismo.

Ora, como vem sendo destacado neste artigo, o nepotismo viola os princípios administrativos e é por essa razão que é considerado ato ímprobo. Mas de que forma ele infringe tais princípios? É o que se buscará responder neste tópico. Inicialmente convém destacar a violação do princípio da legalidade em sua concepção mais ampla, não por existir lei expressa que o proíba, mas por infringir a força normativa dos princípios constitucionais, normas jurídicas que, assim como as leis, devem ser respeitadas pelos administradores públicos na condução de sua atividade. Nesse sentido, Borges (2015) destaca que o nepotismo

Viola o princípio da legalidade, também compreendido na acepção mais ampla de princípio de juridicidade, que é âncora do sistema jurídico, mecanismo de contenção de poder e parâmetro necessário para a formação da vontade pública. Ainda que o ordenamento jurídico careça de normas específicas disciplinadoras da matéria, os princípios constitucionais já dão medida de legalidade. (BORGES, 2015, p. 45).

Viola, também, o princípio da impessoalidade, que impõe que “a atividade administrativa deve ser destinada a todos os

administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza” (GASPARINI, 2008, p. 88). Ora, no nepotismo, o agente público usa a máquina pública para satisfazer seus interesses privados, circunstância vedada pelo ordenamento jurídico constitucional-administrativo brasileiro, que preza pelo atendimento primordial do interesse público no desempenho das funções administrativas. Afinal, a ele nem a ninguém é conferido o direito de usar a estrutura do Estado como bem lhe aprouver, tratando como sua a máquina que a todos pertence.

Essa prática infringe o princípio da igualdade, pois o nepotismo fornece tratamento desigual a cidadãos que teriam o mesmo direito de ocupar o cargo “presenteado”. Nesses casos, é explícito que o beneficiado apenas está ali em razão de parentesco com o nomeante, se não fosse isso, sequer seria lembrado.

Viola, também, o princípio da eficiência, que preza pelo trinômio perfeição-rapidez-rendimento, haja vista que a nomeação de parentes é realizada sem qualquer preocupação com a boa administração, ou seja, sem qualquer indagação sobre a qualificação profissional do nomeado para exercer as atribuições do cargo/função de forma célere, perfeita e com rendimento, comprometendo, muitas vezes, a qualidade da prestação dos serviços públicos oferecidos pelo Estado. Neste sentido, Gasparini (2008) se manifesta:

Certamente não atenderia o princípio da eficiência a nomeação de parente próximo da autoridade, com poder de nomear e por ela nomeado [...] se lá nem cá não foi atendido o interesse

público. Como em tais casos a autoridade com poder para nomear deseja favorecer alguém [...] sem qualquer preocupação com a boa administração, é notória a violação desse princípio, cuja obediência para a Administração Pública é inarredável. A comunidade espera do nomeado bom desempenho de suas funções, coisa que, em regra, não ocorre com as nomeações favorecidas. As nomeações, no caso, têm outro objetivo, que, precipuamente não é dar atendimento ao interesse público. (GASPARINI, 2008, p. 91).

Por fim, e não menos importante, esta prática viola, ainda, o princípio da moralidade administrativa, que determina

[...] um conjunto de valores éticos que fixam um padrão de conduta que deve ser necessariamente observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública, de modo a impor que estes agentes atuem no desempenho de suas funções com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa fé. (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 935).

Ora, o impedimento da nomeação advém do simples vínculo e parentesco. Não se discute, aqui, habilidade técnica ou qualificação do beneficiado. Mas apenas que sua nomeação atenta contra a moral que se espera do administrador público no exercício de suas funções.

Neste sentido, como bem destaca Gasparini (2008):

[...] até por intuição, percebe-se que o ato de nomeação de parente próximo da autoridade competente para nomear, ainda que para ocupar cargo de provimento em comissão fora de sua direta e imediata supervisão viola a moralidade administrativa pela simples existência do parentesco. Não se está, portanto e por ora, considerando como óbice à nomeação, o despreparo para o exercício do cargo, embora esse também possa ser o impedimento. Mesmo que o parente demonstre, ou a Administração Pública o avalie ou o tenha de notória qualificação e de reputação ilibada para o desempenho do

cargo, sua nomeação está vedada. Os aspectos de qualificação e reputação ilibada não foram categorizados como requisitos à nomeação de cargo em provimento em comissão. (GASPARINI, 2008, p. 86-87).

Destaque-se que, no bojo na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6, referente à Resolução nº 07/2005 do CNJ, em seu voto, o Ministro Carlos Ayres Britto ratifica as violações anteriormente explicitadas. Vejamos:

Em palavras diferentes, é possível concluir que o *spiritus rectus* da Resolução do CNJ é debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado. Princípio como: I – o da impessoalidade, consistente no descarte do personalismo. Na proibição do marketing pessoal ou da autopromoção com os cargos, as funções, os empregos, os feitos, as obras, os serviços e campanhas de natureza pública. Na absoluta separação entre o público e o privado, ou entre a Administração e o administrador, segundo a republicana metáfora de que ‘não se pode fazer cortesia com o chapéu alheio’. Conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há negar, com a prática do chamado ‘nepotismo’. Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não concursados para trabalhar, comissionadamente ou em função de confiança, debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja, ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do ‘cruzamento’ (situação em que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor); II – o princípio da eficiência, a postular o recrutamento de mão-de-obra qualificada para as atividades públicas, sobretudo em termos de capacitação técnica, vocação para as atividades estatais, disposição para fazer do trabalho um fiel compromisso com a assiduidade e uma constante oportunidade de manifestação de espírito gregário, real compreensão de que o servidor público é, em verdade, servidor público. Também estes conceitos passam a experimentar bem mais difícil possibilidade de transporte para o mundo das realidades empíricas, se praticadas num ambiente de

projeção do doméstico das repartições estatais, a começar pela óbvia razão de que já não se tem a necessária isenção, em regra, quando se vai avaliar a capacitação profissional de um parente ou familiar. Quando se vai cobrar assiduidade e pontualidade no comparecimento ao trabalho. Mais ainda, quando se é preciso punir exemplarmente o servidor faltoso (como castigar na devida medida um pai, a própria mãe, um filho, um(a) esposo(a) ou companheiro(a), um(a) sobrinho(a), enfim, com quem eventualmente se trabalhe em posição hierárquica superior?). E como impedir que os colegas não-parentes ou não familiares se sintam em posição de menos obsequioso tratamento funcional? Em suma, como desconhecer que a sobrevinda de uma enfermidade mais séria, um trauma psico-físico ou um transe existencial de membros de uma mesma família tenda a repercutir negativamente na rotina de um trabalho que é comum a todos? O que significa a paroquial fusão do ambiente caseiro com o espaço público. Pra não dizer a confusão mesma entre tomar posse nos cargos e tomar posse dos cargos, na contra-mão do insuperável conceito de que ‘administrar não é atividade de quem é senhor de coisa própria, mas gestor da coisa alheia’ (Rui Cirne Lima); III – o princípio da igualdade, por último, pois o mais facilitado acesso de parentes e familiares aos cargos em comissão e funções de confiança traz consigo os exteriores sinais de uma prevalência do critério doméstico sobre os parâmetros da capacitação profissional (mesmo que não seja sempre assim). Isto sem mencionar o fato de que essa cultura da prevalente arregimentação de mão-de-obra familiar ou parental costuma carrear para os núcleos domésticos assim favorecidos uma super-afetação de renda, poder político e prestígio social. É certo que todas essas práticas também podem resvalar, com maior facilidade, para a zona proibida da imoralidade administrativa (a moralidade administrativa, como se sabe, é outro dos explícitos princípios do art. 37 da CF). Mas entendo que esse descambar para o ilícito moral é quase sempre uma consequência da deliberada inobservância dos três outros princípios citados.

Apesar de não estar expressamente previsto no texto da Constituição Federal, o princípio do interesse público, norteador de todos os outros princípios administrativos, por consequência,

também é atingido pela prática do nepotismo. Segundo Mello (2010, p. 99), “por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, *qua tale* considerado, e muito menos o dos agentes estatais”.

Ora, a indicação de um parente para ocupar cargo público não objetiva o atendimento do interesse da coletividade. Como destacado na violação ao princípio da impessoalidade, a autoridade, em verdade, apenas objetiva o atendimento de dois interesses: o seu e o do seu parente, fato amplamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Convém destacar que o atendimento do interesse privado em detrimento do interesse público secundário traz à baila a figura do desvio de finalidade do ato, situação também repreendida pela nossa legislação.

Como se vê, o nepotismo não representa o interesse público. Em verdade, ele promove uma violação sistemática aos princípios constitucionais da legalidade, da igualdade, da impessoalidade, da eficiência e da moralidade. Nesse diapasão, por determinação do art. 11 da Lei 8.429/92, classifica-se como ato de improbidade administrativa, sujeitando os seus responsáveis às penalidades cumulativas previstas no art. 12, inciso, III, da referida lei, quais sejam: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos

fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos (BRASIL, 1992).

Este também é o entendimento dos tribunais que, reiteradamente, vêm reconhecendo a improbidade administrativa e condenando seus responsáveis às penalidades legais. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO DE FAMILIARES PARA OCUPAR CARGOS EM COMISSÃO ANTES DA EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 13/STF. DESCUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. DESPROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES. INEXISTÊNCIA. 1. Na origem, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs ação civil pública, na qual imputa aos réus a prática de atos de improbidade administrativa oriundos de nepotismo, requerendo sua condenação nas sanções previstas nos arts. 4 e 11 da Lei n. 8.429/1992. 2. No caso, a prática de nepotismo está efetivamente configurada, e, como tal, representa grave ofensa aos princípios da Administração Pública, em especial, aos princípios da moralidade e da isonomia, enquadrando-se, dessa maneira, no art. 11 da Lei n. 8.429/1992. 3. A nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, ainda que ocorrida antes da publicação da Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sendo despicienda a existência de regra explícita de qualquer natureza acerca da proibição. 4. A revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ, ressalvados casos excepcionais, nos quais, da leitura dos julgados proferidos na instância ordinária, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não ocorre no caso

vertente. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1362789 MG 2013/0009346-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 12/05/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2015).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. CÂMARA MUNICIPAL. FILHA DE VEREADOR. PRESIDENTE. DOLO GENÉRICO CARACTERIZADO. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. ART. 11 DA LEI Nº 8.429/1992. 1. O nepotismo caracteriza ato de improbidade tipificado no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, sendo atentatório ao princípio administrativo da moralidade. 2. Dolo genérico consistente, no caso em debate, na livre vontade absolutamente consciente dos agentes de praticar e de insistir no ato ímprobo (nepotismo) até data próxima à prolação da sentença. 3. Não incidência da Súmula 7/STJ. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte. (STJ - REsp: 1286631 MG 2011/0132430-3, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2013).

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. DESPROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. Recurso especial proveniente de ação civil pública na qual o Ministério Público do Estado de São Paulo imputa ao réu, ora recorrente, a prática de atos de improbidade administrativa, requerendo sua condenação nas sanções previstas no art. 12, II e III, da Lei n. 8.429/92. 2. No caso, a prática de nepotismo está efetivamente configurada e como tal representa grave ofensa aos princípios da Administração Pública, em especial aos princípios da moralidade e da isonomia, enquadrando-se, dessa maneira, no art. 11 da Lei n. 8.429/92. Precedentes 3. A nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, ainda que ocorrida antes da publicação da Súmula vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do

art. 11 da Lei n. 8.429/92, sendo despcienda a existência de regra explícita de qualquer natureza acerca da proibição. 4. Ante a gravidade da conduta descrita no acórdão recorrido, não se observa desproporcionalidade das penas impostas, quais sejam: (I) ressarcimento do danos havidos ao erário, e (II) multa de dez vezes o valor do seu subsídio mensal líquido. 5. Da análise dos autos, observa-se que a Corte de origem não analisou, sequer implicitamente, o citado art. 128 do CPC. Logo, não foi cumprido o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal da recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (STJ - REsp: 1499622 SP 2014/0307409-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 24/02/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2015).

4 Conclusão

Constata-se que a figura do nepotismo não é característica dos avanços da sociedade moderna. Diferentemente do que se pensa, é prática que sempre esteve presente nos primórdios da humanidade, principalmente quando existia a soberania das potências familiares na composição da estrutura do Estado. Contudo, com a evolução das sociedades, principalmente a partir do surgimento dos progressos industriais e técnicos, em que se deixa de creditar importância nas habilidades familiares para a condução do interesse do povo, passa-se a exigir pessoas qualificadas e interessadas na ocupação de funções e cargos públicos, caracterizando como ilegítima a prática outrora aprovada.

É nesse âmbito de mudança de paradigmas que a prática do nepotismo passa a ser mal vista, não apenas no âmbito da moral

social, mas no âmbito do ordenamento jurídico que, refletindo a realidade em que está inserida, prevê normas constitucionais condicionadoras da atuação estatal pelos agentes públicos: os princípios administrativos. Assim, por determinação constante no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa - Lei nº 8.429/92, que prevê como ímprobo ato que atente contra os princípios administrativos, o nepotismo passou a ser classificado como tal, sujeitando os seus responsáveis às cominações legais descritas no art. 12, inciso III, do diploma legal em questão.

Title: Nepotism as improbity in public service

Abstract: This article analyzes the institute of nepotism, focusing on its concept, some controversies regarding to its origin and its most common ways of emerging in Brazil nowadays, based on a precedent of the Brazilian Supreme Court. It also focuses on new kinds of nepotism found in contemporaneous legal literature. The text also examines nepotism as a way of violating the Brazilian Constitution, which makes it an act of improbity in public service, punishable under Brazilian Law (Law no. 8.429/1992).

Keywords: Nepotism. Administrative principles. Improbity. Kinship. Public office. Public administration.

Referências

BELLOW, Adam. *Em louvor do nepotismo: uma história natural*. São Paulo: A Girafa Editora, 2006.

BORGES, Maria Cecília. As faces visíveis e invisíveis do nepotismo no serviço público. *Revista do Conselho Nacional do*

Ministério Público: improbidade administrativa, Brasília, n. 5, p. 31-50, 2015.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. Aplicação das Súmulas no STF. *Súmula Vinculante 13*. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil) (CNJ). *O que é nepotismo?* Disponível em: <<http://cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/doacoes/356-geral/13253-o-que-e-nepotismo>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil) (CNJ). Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 18 out. 2005. Disponível em: <<http://www>.

cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2716>. Acesso em: 19 abr. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GASPARINI, Diógenes. Nepotismo político. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 71-98.

HOUAISS, Antônio. *Grande dicionário Houaiss*. Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#0>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

MARTINEZ, Bruno. Nepotismo como improbidade administrativa. *WebArtigos*. 2008. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/nepotismo-como-improbidade-administrativa/5882>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MICHAELIS: *dicionário brasileiro da língua portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. O nepotismo legal e moral nos cargos em comissão da administração pública. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano 11, 19 mar. 2001. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/dourina/786/o_nepotismo_legal_e_moral_nos_cargos_em_comissao_da_administracao_publica>. Acesso em: 25 jul. 2018.

RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV 13. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 203-229, maio/ago. 2012.

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

SILVA, Fernanda Bahia da. Nepotismo como ato de improbidade administrativa. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 13-36, 2019. Anual.

Submissão: 27/4/2017

Aceite: 5/9/2017

A inviabilidade de extensão dos benefícios da colaboração premiada aos atos de improbidade administrativa

Flávia Santoro Carmona

Advogada. Pós-graduada pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Graduada pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Resumo: A Constituição Federal impôs a punição àqueles que cometem atos de improbidade administrativa. Para atender ao preceito constitucional, a Lei nº 8.429/1992 determinou a natureza jurídica da ação de improbidade e a impossibilidade de transação, acordo ou conciliação nas ações decorrentes de atos ímprobos. A Lei nº 12.850/2013, por sua vez, inovou na ordem jurídica ao tratar detalhadamente da criminalidade organizada e disciplinar a colaboração premiada como meio de obtenção de prova em consonância com as Convenções de Mérida e de Palermo que, no plano internacional, tratam o instituto como meio de combate à corrupção. No campo da criminalidade, há crimes que se perfazem por intermédio de atos de Estado. São os atos ímprobos cometidos por agentes públicos ou terceiros, na seara das organizações criminosas, é a macrocriminalidade com feição de corrupção que enseja atuação estatal. O presente trabalho busca demonstrar a impossibilidade de a extensão dos benefícios penais do instituto da colaboração premiada, próprio da criminalidade organizada, ser aplicada aos atos de improbidade administrativa, em decorrência da vedação legal atribuída pela Lei de Improbidade Administrativa à luz da Constituição Federal. A metodologia utilizada será a análise de conteúdo, realizada por meio de revisão documental, especialmente das convenções internacionais, do cotejo com a legislação brasileira, além de revisão bibliográfica específica sobre o tema.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Organizações criminosas. Convenção das Nações Unidas contra a corrupção. Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional. Improbidade administrativa.

Sumário: Introdução. 1 Colaboração premiada e seu âmbito de incidência. 2 Criminalidade organizada e enfrentamento da corrupção: quando a improbidade administrativa assume feição de macrocriminalidade? 3 Acordos legais e seus benefícios no âmbito da improbidade administrativa: dimensão constitucional e vedações legais. 4 A colaboração premiada e sua extensão aos atos de improbidade. 5 Conclusão. Referências.

Introdução

A colaboração premiada surge como novidade legislativa com a edição da Lei nº 12.850 em 2013. O instituto, apesar de similar à delação premiada prevista há muito no ordenamento jurídico brasileiro, não se confunde com este. A Lei nº 12.850/13, que trata de organizações criminosas, trouxe inovações e dispôs de maneira completa acerca da colaboração premiada, instituto próprio dos crimes organizados.

A Lei de Improbidade Administrativa de 1992, por sua vez, induz a moralidade e a probidade dos agentes públicos, impondo sanções àqueles que de alguma forma forem contra os princípios traçados pela legislação e causarem prejuízo ao erário.

Há uma linha tênue que une o instituto da improbidade administrativa com o crime organizado, quando a macrocriminalidade toca os atos de Estado. E, por essa razão é que parte da doutrina defende a ampliação dos benefícios da colaboração premiada, instituto próprio do crime organizado, aos atos de improbidade administrativa (SILVA; VASCONCELOS, 2016).

O tema da pesquisa, nesse sentido, analisa a possibilidade de ampliação dos benefícios penais da colaboração premiada aos atos ímprobos, decifrando os seus fundamentos e como deve a colaboração servir à obtenção de novas informações e aos anseios da sociedade no presente caso.

O presente trabalho se desenvolve em quatro partes. Primeiramente, analisar-se-á a colaboração premiada e seu âmbito de incidência. Será feita uma análise sucinta do instituto em comento relacionando-o com a criminalidade organizada. O segundo capítulo trata da criminalidade organizada e do enfrentamento da corrupção, ressaltando o momento em que a improbidade administrativa assume feição de macrocriminalidade. O terceiro capítulo, por sua vez, analisa os acordos legais e seus benefícios no âmbito da improbidade administrativa relatando a dimensão constitucional e as vedações legais. Por fim, o quarto capítulo trata da colaboração premiada e da extensão de seus benefícios aos atos de improbidade.

Dessa forma, a pesquisa objetiva demonstrar que a justificativa que tenta ampliar a aplicação dos benefícios penais da colaboração premiada aos atos de improbidade no Brasil não merece prosperar. Para isso, o trabalho adotará, quanto aos seus desígnios, a forma descritiva e explicativa. Ademais, a partir do método de comparação e análise documental, o estudo visará demonstrar as preocupações acerca da impossibilidade de extensão dos benefícios consequentes da colaboração, diante da violação do artigo 17, parágrafo 1º, da Lei nº 8.429/92 e, ainda,

realizar o cotejo entre as convenções internacionais e a legislação brasileira acerca do tema.

A ampliação dos benefícios instituídos na colaboração premiada aos atos de improbidade divide opiniões, sendo alvo de discussões doutrinárias e jurisprudências, principalmente quanto ao seu impacto na sociedade.

É nesse sentido que o presente artigo tem por finalidade rebater a ampliação defendida por alguns, a fim de que seja preservado o previsto em nosso ordenamento jurídico, bem como reste acertada a impossibilidade de transação das sanções impostas àqueles que praticarem atos de improbidade.

O estudo baseou-se em análise de conteúdo realizada por meio de revisão documental, especialmente das convenções internacionais em cotejo com a legislação brasileira, bem como na revisão bibliográfica específica sobre o tema.

1 Colaboração premiada e seu âmbito de incidência

A colaboração premiada é novidade normativa que foi tratada de maneira pormenorizada em 2013, com a edição da Lei nº 12.850. Nesta norma, o instituto aparece em contraposição com a delação premiada presente há muito no ordenamento jurídico, com o crime de “lesa majestade” previsto nas Ordenações Filipinas.

No direito brasileiro, o instituto da delação premiada foi iniciado, em seus primeiros registros, nas Ordenações Filipinas em 1603, com o chamado crime de “lesa majestade”, nas quais

era prevista a possibilidade de perdão para o traidor do rei, desde que este não fosse o líder do grupo e que entregasse todos os outros participantes do delito. Contudo, apenas em 1990, com a Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8.072, foi que o instituto entrou em nosso ordenamento jurídico e previu a possibilidade de diminuição da pena com o desmantelamento do concurso de pessoas que praticaram o crime. Em seguida, merecem destaque a Lei nº 8.137/90 (Lei Contra a Ordem Tributária), a Lei nº 9.034/95 (Lei do Crime Organizado), a Lei nº 9.269/96 (Lei de Extorsão Mediante Sequestro), a Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), a Lei nº 12.529/11 (Lei Antitruste), que permite o acordo de leniência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e o agente beneficiário, a Lei nº 12.683/12 (Lei de Lavagem de Dinheiro), que passou a permitir a aplicação da colaboração premiada a qualquer tempo, mesmo após decisão penal condenatória recorrível, bem como na fase de execução penal.

Embora essas legislações esparsas possam tratar de previsões embrionárias do que seria futuramente a colaboração premiada, contextualizando formas de “prêmios” ao agente colaborador, foi apenas em 2013, com a Lei federal nº 12.850/13, a Lei do Crime Organizado, que o instituto da colaboração premiada surgiu no ordenamento pátrio brasileiro com maiores especificações e importantes inovações à negociação.

A conformação normativa dada ao instituto em 2013 permite a aplicação da colaboração processual diferenciada da delação

premiada, formalizou o instituto e trouxe algumas diferenças pontuais em relação à delação.

Em se tratando do direito comparado, observa-se a presença de traços da colaboração premiada a partir da década de 70, na Itália, para combate aos atos de terrorismo. Na década de 80, há a sua inclusão no ordenamento jurídico após a operação *manipulite*, oportunidade em que o mafioso Tommaso Buscetta celebrou acordo com Giovanni Falcone, o então *Procuratore della Repubblica*, amparado no combate à máfia e à criminalidade organizada (SILVA, 2003, p. 77).

Na Alemanha, por meio da regulamentação dos testemunhos, *kronzeugenregelug*, o juiz pode atenuar ou isentar a pena do acusado em razão dos esclarecimentos passíveis de descobrir e impedir a organização criminoso de atuar.

A União Europeia e a ONU, no âmbito supranacional, redigiram diversas recomendações orientando a adoção da colaboração premiada por meio da inserção da figura do “colaborador da Justiça” ou do “colaborador arrependido”, notadamente em relação aos delitos cometidos por organizações criminosas (LIMA, 2010, p. 275).

Um exemplo disso foi a Resolução CE de 20 de dezembro de 1996, em que a União Europeia propôs que os Estados sugerissem benefícios aos que rompessem seus vínculos com a criminalidade evitando a continuação das atividades criminosas e ajudassem as autoridades a obter elementos de prova decisivos para identificação dos autores dos delitos.

No plano internacional, a colaboração premiada é retratada pelas Convenções de Palermo e de Mérida, ambas internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro por meio dos Decretos nº 5.015/2004 e nº 5.687/2006.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, cognominada de Convenção de Palermo, é o principal instrumento normativo global de combate ao crime organizado e foi aprovada na Assembleia Geral da ONU do dia 15 de novembro de 2000.

Foi por meio da Convenção das Nações Unidas que a ONU introduziu medidas que estimulam a colaboração premiada com as autoridades administrativas e judiciais, à vista da política criminal, prevendo a atenuação da pena em caso de cooperação substancial, ou até mesmo a “imunidade judicial” (LIMA, 2010, p. 276).

Por seu turno, a Convenção de Mérida se refere, igualmente, a ato normativo global contra a corrupção; no entanto, aprovado na Convenção das Nações Unidas na Assembleia Geral da ONU de 31 de outubro de 2003.

Seguindo a linha das Convenções de Palermo e Mérida, o Brasil reconheceu as técnicas especiais de investigação visando ao combate à corrupção e, dentro dessas técnicas, encontra-se a colaboração premiada. Assim, por ser uma das técnicas de combate a esse crime, é que há a aproximação do instituto da colaboração premiada com os atos de improbidade no âmbito estatal.

O instituto da colaboração premial previsto na Lei nº 12.850/13 é instrumento capaz de auxiliar na persecução penal. A partir da contribuição do denunciado, desvenda-se a estrutura hierárquica da organização criminosa, identificam-se os demais partícipes, recuperam-se total ou parcialmente os frutos do crime e, em caso em que há a presença de alguma vítima, procede a sua localização. Em troca de sua colaboração, o denunciado recebe benefícios penais estabelecidos em lei, que variam desde o perdão judicial de seus atos até a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, passando pela redução da pena em até 2 (dois) anos.

Cumpra esclarecer que a colaboração se dá, exclusivamente, no âmbito das organizações criminosas na esfera criminal, pois é instrumento capaz de auxiliar na persecução penal e não se mostra patente a sua aplicação em outras esferas.

O juiz, ao conceder o benefício, deverá considerar a personalidade do agente colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade, a repercussão social do crime e a eficácia das informações prestadas pelo colaborador, segundo expõe o artigo 4º, § 1º, da Lei nº 12.850/13.

Percebe-se, conforme previsto na legislação acerca do tema, que a colaboração apenas renderá vantagens ao colaborador se as informações prestadas forem úteis à elucidação dos fatos, à descoberta dos coautores e à recuperação dos bens atingidos.

Nessa conjuntura, pode-se definir a colaboração premiada como sendo um instrumento jurídico-penal de investigação

criminal para a obtenção de provas, em que o colaborador fornece as informações exigidas por lei, obtendo do Estado um incentivo, ou seja, um benefício, ante a opção tomada de maneira voluntária em contribuir com o sucesso da persecução criminal.

Essa colaboração, como meio de obtenção de elementos de prova, tem por propósito promover a rápida apuração dos ilícitos e acelerar a aplicação das punições correspondentes em face de condutas de difícil comprovação praticadas por organizações criminosas ou através delas, sendo, destarte, um poderoso instituto para efetivação da política criminal que reclama uma reinterpretção da dogmática jurídico-penal clássica (PINTO, 2013).

Assim, a colaboração vem para beneficiar aquele que, após ter praticado um crime, resolve colaborar com o sistema de justiça criminal com a finalidade de alcançar menor censurabilidade por meio da diminuição da pena ou do perdão judicial (AZEVEDO, 2000, p. 452).

O Estado pode dispor da ação penal se, do comportamento do sujeito, resultar determinado objetivo que o Estado visa alcançar. A renúncia a uma determinada prerrogativa estatal se justifica, pois, diante dos benefícios públicos que poderão advir das informações prestadas (SILVA; VASCONCELOS, 2016). Essa situação ocorre tão somente no âmbito da organização criminosa, devendo ser reconhecida excepcionalmente, conforme estritamente previsto na legislação pátria vigente. Isso porque, em outras esferas, como é o caso da improbidade administrativa,

o bem jurídico tutelado é indisponível, não sendo possível dispor das sanções impostas.

A Lei nº 12.850/13 versa sobre o combate ao crime organizado em seus aspectos materiais e procedimentais, tratando de maneira aprofundada as organizações criminosas. Foi certamente o maior avanço legislativo do instituto da colaboração premiada como meio de obtenção de prova, aclarando e tratando o instituto de forma ampla e destacando condições, requisitos e benefícios ao colaborador. E, embora seu conceito exato seja de difícil definição em decorrência do alto potencial que essas organizações têm em alterar seu *modus operandi*, pode-se conceber a organização criminosa como um organismo ou empresa cujo objetivo seja a prática de crimes (MENDRONI, 2016, p. 29). A Lei nº 12.850/13, em seu artigo 1º, parágrafo 1º definiu o conceito de organização criminosa:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2013b).

A ONU, por sua vez, definiu da seguinte forma:

Organização de grupos visando à prática de atividades econômicas; laços hierárquicos ou relações pessoais que permitem que certos indivíduos dirijam o grupo; o recurso à violência, à intimidação e à corrupção; e a lavagem de lucros ilícitos. (BRASIL, 2004).

Nesse sentido, de acordo com a atual legislação, é necessário um grupo de, pelo menos, quatro pessoas, estruturado de maneira ordenada e caracterizado pela divisão de tarefas (mesmo de maneira informal), cujo objetivo seja a obtenção de vantagem de qualquer natureza, por meio da prática de infrações penais com penas máximas superiores a quatro anos ou que possuam caráter transnacional (BALLAN JUNIOR; VASCONCELOS, 2016).

Importante destacar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 127.483/PR, em 27/8/2015, de relatoria do ministro Dias Toffoli, em conformidade com as finalidades estipuladas nas Convenções de Mérida e de Palermo, definiu a natureza jurídica da colaboração premiada como negócio jurídico processual personalíssimo. Senão, vejamos:

Habeas corpus. [...] Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13) [...]. Decisão que, no exercício de atividade de delibação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. [...] Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (CONVENÇÃO DE PALERMO), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (CONVENÇÃO DE MÉRIDA). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos

princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada. [...]

4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. [...]

6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).

[...]

10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador. (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, por meio do negócio jurídico processual personalíssimo, sendo a colaboração meio de obtenção de prova, conforme expresso na Lei nº 12.850/13 em seu artigo 3º, inciso I, haverá a cooperação do imputado para a investigação e para o processo penal que poderá ensejar benefícios penais premiaias, caso cumpridos os demais requisitos impostos na legislação.

São inúmeras as conformações de organizações criminosas que existem atualmente. Cada uma assume características próprias amoldadas às próprias necessidades influenciadas por condições políticas, sociais, territoriais e econômicas. Embora haja algumas características presentes em todos os modelos de organizações criminosas, elas evoluem em velocidade superior à capacidade da Justiça de percebê-las, analisá-las e combatê-las (MENDRONI, 2016, p. 29).

A relação de confiança entre os integrantes da organização criminosa faz com que ajam solidariamente, mantendo entre si um código de conduta em que impera o silêncio sobre os crimes perpetrados, escondendo a verdade dos fatos, o que dificulta os trabalhos investigativos e o desmantelamento da pirâmide estrutural da organização criminosa (BALLAN JUNIOR; VASCONCELOS, 2016).

Isso ocorre porque essas redes de estruturas organizadas montadas pelas organizações criminosas se aproveitam das fragilidades estruturais do sistema penal, expondo um poder de corrupção de difícil visibilidade pelo uso de tecnologias, simulações, disfarces e conexões, causando vastos danos sociais (PINTO, 2013).

Diante desses esclarecimentos acerca das “atividades” exercidas pelas organizações criminosas, nota-se que os crimes praticados pelas organizações criminosas de grande potencialidade lesiva restariam sem esclarecimentos pelos tradicionais meios de provas, demonstrando situação de emergência investigativa, o que

exigiria a busca de instrumentos idôneos capazes de aperfeiçoar a eficácia das investigações frente à insuficiência repressiva estatal (PEREIRA, 2013).

A colaboração, nesse contexto, torna-se essencial, pois advém de pessoa em posição privilegiada, mais passível de identificar a estrutura da organização e os envolvidos até mesmo em casos que poderiam passar despercebidos pela justiça (PEREIRA, 2013b, p. 94).

Observa-se que a política criminal contra o crime organizado introduziu diversos institutos e mecanismos lesivos aos fundamentos constitucionais do Direito Penal e do processo penal, como foi o caso da colaboração premial como negociação para extinguir ou reduzir a punibilidade de crimes por informações, o que exige um forte controle judicial, tendo em vista que esses mecanismos, se utilizados de forma inadequada, podem ir de encontro à Constituição (PINTO, 2013).

Diante da necessidade de eficaz repressão ao crime organizado, é permanente a busca por novos meios assecuratórios da eficiência do processo penal, sobretudo no campo probatório, destacando-se a utilização da técnica premial, que se traduz como importante fator de incremento do efetivo acesso à justiça penal e acarreta melhora na qualidade material probatória regularmente produzida nos autos, sendo meio hábil à prolação de condenações sem, contudo, descuidar-se dos parâmetros impostos pelo sistema constitucional (LIMA, 2010, p. 289).

Deve-se ficar atento, ainda, ao fato de os delitos cometidos pela moderna criminalidade serem orientados pela criminalidade sem vítimas ou com vítimas rarefeitas, por isso a conduta se torna perigosa com a sua reiteração, provocando consequências com perspectivas temporais mais amplas e de maior extensão (PINTO, 2013).

Portanto, realizando o cotejo entre a colaboração premiada e o crime organizado, deve-se chegar a um equilíbrio ante a garantia dos direitos fundamentais do acusado e o propósito de fazer valer imposições de investigação e acerto dos fatos delituosos, bem como a punição dos criminalmente responsáveis. É esse confronto que demanda certos cuidados com a banalização e ampliação do instituto, extremamente eficaz no combate ao crime organizado, para outras esferas que não a penal (PEREIRA, 2013).

2 Criminalidade organizada e enfrentamento da corrupção: quando a improbidade administrativa assume feição de macrocriminalidade?

Tendo em vista a dificuldade de esclarecimento dos delitos cometidos no âmbito da criminalidade organizada, os países não viram outra solução que não fosse reconhecer expressamente a necessidade de adoção de técnicas especiais de investigação, o que foi feito, especialmente, nas Convenções de Palermo e Mérida.

A Convenção de Mérida aplica a colaboração premiada no rol de técnicas especiais de investigação, com expressa previsão como um hábil instrumento no combate ao crime organizado, tendo em

vista que só através da colaboração de um delator se torna possível alcançar o vértice da pirâmide, atingir todos os seus membros, recuperar ativos e sufocar economicamente a organização, extinguindo-a (BALLAN JUNIOR; VASCONCELOS, 2016).

Em 31 de outubro de 2003, a Organização das Nações Unidas adotou a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção e inovou promovendo a cooperação entre os Estados partes na recuperação de ativos. É incontestável a consideração de que a corrupção é fenômeno que causa malefícios, como o funcionamento do mercado e o aumento de desigualdade social: foi nessa esfera que essa Convenção previu que os Estados partes implementassem políticas contra a corrupção tanto no setor público como no privado (SIMÕES, 2011).

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção externou, no seu preâmbulo, a preocupação dos Estados partes sobre o tema:

Preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito; preocupados, também, pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro; preocupados, ainda, pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos; convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a

cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela: [...] (BRASIL, 2006).

A Convenção de Palermo, em seu artigo 8º, que trata da criminalização da corrupção, impõe que cada Estado parte adote medidas legislativas para caracterizar como infrações penais os atos cometidos por agente público, no desempenho de suas funções oficiais, que pedir ou aceitar, direta ou indiretamente, benefício indevido em proveito próprio ou de outra pessoa ou entidade a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho de suas funções oficiais, bem como se prometer, oferecer ou conceder a um agente público, direta ou indiretamente, um benefício indevido, em seu proveito próprio ou de outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato (BRASIL, 2014).

Em seu artigo 9º, prevê, ainda, nas medidas contra a corrupção, que cada Estado parte, caso seja procedente e conforme o respectivo ordenamento jurídico, adotará medidas eficazes de ordem legislativa, administrativa ou outra para promover a integridade e prevenir, detectar e punir a corrupção dos agentes públicos (BRASIL, 2014). Tanto a Convenção de Mérida como a Convenção de Palermo foram submetidas ao processo de internalização ao ordenamento jurídico brasileiro e ratificadas por meio dos Decretos nº 5.015/ 2004 e nº 5.687/2006 (BRASIL, 2008).

Diante dessas Convenções que tratam das formas de colaboração premiada das quais o Brasil é signatário é que há o maior estímulo ao abrandamento das sanções do crime. A

colaboração premiada, nesse diapasão, permite o desmantelamento da criminalidade organizada.

A Convenção de Palermo e de Mérida integram, juntamente com a Lei de Improbidade Administrativa e a lei que trata de organizações criminosas, um microssistema anticorrupção, tratando-se de instrumentos punitivos e repressivos hábeis ao combate à corrupção (DINO, 2015, p. 459).

Atualmente, são conhecidas quatro formas básicas de organizações criminosas. A primeira delas é a tradicional ou clássica em que se encontra a máfia. O segundo tipo é chamado de rede e sua principal característica é a globalização, ela é provisória e se aproveita das oportunidades que surgem em cada setor e local. A terceira forma é a empresarial formada no âmbito das empresas lícitas para facilitar a prática de crimes. E, por fim, a endógena, que age dentro do próprio Estado (MENDRONI, 2016, p. 30).

É irrefutável que a globalização trouxe consigo o caráter internacional do crime organizado. As organizações não têm limites geográficos e, com isso, trocam produtos, experiências e há, até mesmo, o câmbio de seus membros no âmbito transnacional, cooperando entre si para maximizar seus resultados e alcançar seus objetivos.

O crime organizado, em uma de suas vertentes, tende a se conectar com o poder público, com a finalidade de aumentar seu poder e alcançar a impunidade. É nessa esfera que a macrocriminalidade busca o comprometimento de agentes

públicos para usufruir das facilidades e benesses concedidas pelo poder público.

Atos de improbidade estão, na realidade política brasileira, relacionados à corrupção, que está classificada como uma das espécies de organização criminosa, a endógena, que age dentro do próprio Estado, em todas as suas esferas, formada essencialmente por políticos e agentes públicos de todos os escalões, envolvendo, dessa maneira, crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública. É forma de organização criminosa denominada na doutrina alemã de *Kriminalität der Mächtigen* – “Criminalidade dos Poderosos” (MENDRONI, 2016, p. 31).

A presença dos agentes públicos é característica que pode se tornar essencial para a prática do crime organizado, visto que as organizações criminosas que atingem certo grau de desenvolvimento já não conseguem sobreviver sem o auxílio de agentes públicos. Quando esses agentes não participam efetivamente do grupo criminoso são corrompidos para viabilizar a execução das ações criminosas (MENDRONI, 2016, p. 51). A corrupção com o envolvimento de agentes públicos abarca praticamente todas as formas de organizações criminosas, das que agem no âmbito dos crimes de colarinho branco, especialmente, e que podem envolver altos valores, mas também as que atuam praticando crimes menores (MENDRONI, 2016, p. 75).

O artigo 37 da Constituição Federal inovou na ordem jurídica, alargando a tipologia legal e falando unicamente em improbidade administrativa, tendo sido o preceito constitucional

regulamentado pela Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92 (LIA) (GARCIA; ALVES, 2008, p. 177).

A ideia comum de corrupção não é um conceito jurídico, mas sim um inspirado na Ciência Política e na Sociologia e corresponde às hipóteses de mau uso da função pública com vistas à obtenção de vantagem particular. Assim, alguns dos comportamentos previstos na LIA são atos de corrupção, especialmente os previstos no artigo 9º. Dessa forma, a criminalidade organizada expõe, em uma de suas concepções, a corrupção vinculada a atos de improbidade.

O conceito de improbidade conferido pela LIA coloca a corrupção como uma das formas de materialização da improbidade administrativa. Contudo, mesmo diante da possibilidade de coexistência entre os institutos, deve-se ficar alerta às generalizações, não se mostrando plausível estender um instituto próprio da criminalidade organizada para os atos de improbidade, em conformidade com a vedação do artigo 17 da LIA, não podendo o Ministério Público sinalizar qualquer favor ao colaborador.

A indisponibilidade do direito vinculado na Lei de Improbidade Administrativa não permite disponibilidade ou flexibilização das sanções previstas em conformidade com a punição do agente ímprobo imposta no artigo 37, parágrafo 4º, da CF tendo a probidade administrativa como forma de moralidade administrativa.

3 Acordos legais e seus benefícios no âmbito da improbidade administrativa: dimensão constitucional e vedações legais

A ação de improbidade administrativa tem seu fundamento no artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas na lei, sem prejuízo da ação penal cabível (BRASIL, 1988). A Lei de Improbidade Administrativa foi editada em decorrência de dispositivo constitucional com a finalidade de combater os atos ímprobos e proteger a Administração Pública.

Inicialmente, ressaltam-se os sujeitos do ato de improbidade presentes nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.429/92 (LIA). Os sujeitos passivos são aqueles que têm de alguma forma contato com o dinheiro público, quais sejam: o poder público, a Administração direta e indireta e, ainda, qualquer um que receba recursos públicos, embora não pratique atos de poder de polícia. Os sujeitos ativos, aqueles passíveis de praticar atos de improbidade, por sua vez, são aqueles que mantêm algum vínculo com o sujeito passivo. Os terceiros beneficiários dos atos de improbidade ou que concorram para a prática deles também serão responsabilizados, de acordo com o artigo 3º da Lei nº 8.429/92.

Em conformidade com a CF, a LIA tipificou como improbidade os atos que violem os princípios da Administração Pública. Tal definição está presente nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA. No artigo 9º, há a figura do enriquecimento ilícito, enquanto o

artigo 10 trata dos danos ao patrimônio público e, por fim, no artigo 11, define-se a violação dos princípios da atividade estatal.

A atividade estatal é regida por princípios implícitos ou explícitos previstos na Constituição Federal em seu artigo 37, *caput*, são eles: princípio da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, supremacia do interesse público e proporcionalidade.

O princípio da legalidade condensa a compatibilidade com a conformidade, o agente público deve atuar perante a lei. Só a lei dá liberdade ao agente, ele só está apto a fazer aquilo que a lei consente. O princípio da moralidade administrativa é formado a partir da legalidade em um ambiente institucional, é a junção dos princípios e valores aplicáveis à Administração Pública. Esses dois princípios são os alicerces de sustentação da concepção de improbidade.

Ademais, os atos administrativos devem adotar o princípio da impessoalidade e responsabilidade pessoal do agente público, o agente deve dirigir-se por um padrão de juridicidade. Quando o agente se distancia das normas estabelecidas, há uma ruptura de balizamentos de sua conduta e, assim, ele assume o ônus de seus atos (GARCIA; ALVES, 2008, p. 52).

Outro importante princípio é o da publicidade, que induz a transparência e faz com que todos os atos do Poder Público sejam levados ao conhecimento do povo e passíveis de fiscalização e aferição de adequação, com exceção das hipóteses previstas

expressamente na Constituição Federal (GARCIA; ALVES, 2008, p. 53).

Há, além disso, o princípio da eficiência, que significa alcançar o fim almejado utilizando-se de meios idôneos e adequados à consecução de tais objetivos, assegurando determinado padrão de qualidade e com o menor dispêndio dos meios disponíveis (GARCIA; ALVES, 2008, p. 54). Os atos administrativos devem respeitar, do mesmo modo, o princípio da supremacia do interesse público. Significa dizer que toda vez que o interesse individual colidir com um interesse público, este deve preponderar (GARCIA; ALVES, 2008, p. 56).

A aplicação da lei deve respeitar a proporcionalidade, ou seja, deve ser adequada à conduta do agente, preservando a probidade administrativa e reprovando a conduta do agente em decorrência da natureza dos valores infringidos. A partir da natureza do ato, da preservação do interesse público e da realidade social, deve-se analisar o comportamento do agente em cotejo com o fim perseguido pelo constituinte. Nesse sentido, a proporcionalidade, somada à injuridicidade, forma a base de aplicação da lei de improbidade (GARCIA; ALVES, 2008, p. 101).

A subsunção de determinada conduta ao preceito proibitivo previsto na norma ensejará a aplicação de uma das sanções elencadas no artigo 12 da LIA, que se traduzem como um elo de uma cadeia cujo desdobramento lógico possibilita a concreção do ideal de bem-estar social (GARCIA; ALVES, 2008, p. 412).

As sanções não são cumulativas e, assim sendo, não variam na sua essência, mas variam quantitativamente, em respeito à proporcionalidade de cada caso. Podem ter natureza patrimonial ou política e se consubstanciam em multa, proibição de contratar, ressarcimento, perda de bens e valores, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. Uma vez verificada a infração, seja qual for ela, deverá incidir, igualmente ou na mesma extensão e intensidade, o ressarcimento integral do dano e a perda da função pública (RIZZARDO, 2012, p. 542).

A perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio alcança as vantagens indevidas que beneficiaram terceiros e também os seus frutos e produtos. A reparação desses bens e valores possui natureza reparatória e deve se dar sob bens adquiridos que decorram do ato ímprobo obtidos em função do ato praticado.

O ressarcimento integral do dano remonta à ideia de retorno ao *status quo*, não configurando verdadeira sanção, restaura-se o quadro patrimonial anterior. Essa sanção não difere das sanções previstas na ação popular e na lei de ação civil pública e, nesse sentido, também não possui caráter punitivo, mas sim reparatório (SOBRANE, 2010, p. 156). A perda da função pública é sanção que extingue os vínculos laborais com o Poder Público. Alcança aqueles agentes que mantenham vínculo com o Poder Público, qualquer que seja a forma de investidura, inclusive os detentores de mandato eletivo (BRASIL, 2000).

A suspensão dos direitos políticos se traduz na perda da condição de cidadão, pois só é cidadão quem tem direitos políticos. Nessa seara, a perda dos direitos políticos remonta à perda do direito de votar e ser votado, perda do poder de iniciativa das leis, perda do direito de ajuizar ação popular, perda da possibilidade de oferecimento de denúncia em face do chefe do Executivo pela prática de infração político administrativa, dentre outros direitos que exigem a condição de cidadão.

Outras sanções são a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, sendo ambas de viés patrimonial.

Além das sanções cominadas na lei, o legitimado à propositura da ação de improbidade deverá formular pedido de nulidade do ato administrativo na inicial quando o pedido postulado na ação necessitar da decretação de invalidade do ato impugnado. Assim, embora a LIA não fale expressamente em decretação de invalidade do ato impugnado para condenar, o pedido constitutivo negativo, em alguns casos, torna-se antecedente necessário da postulação condenatória (FAZZIO JUNIOR, 2016, p. 454).

Nesse sentido, requerido o pedido desconstitutivo do ato ímprobo, o juiz deverá anular o ato praticado, se considerado ilícito. Essa anulação torna-se consequência lógica essencial quando comprovada a infração da lei (RIZZARDO, 2012, p. 526).

Caso reconhecida a improbidade, anulam-se os atos administrativos viciados por meio da tutela cognitiva desconstitutiva e, após, condena-se o agente público ao

ressarcimento de eventual dano causado e às demais sanções cominadas no artigo 12 da LIA por meio da tutela cognitiva condenatória (COSTA, 2009, p. 170).

As sanções à improbidade são limites estabelecidos pelos fundamentos do Estado brasileiro, entre os quais pontificam a dignidade humana e a primazia do interesse social (FAZZIO JUNIOR, 2016, p. 10).

Para a fixação das penas, o legislador atribuiu no artigo 12, parágrafo único da LIA, margem de discricionariedade a ser exercida pelo julgador em virtude da extensão do dano e do proveito econômico obtido pelo agente, o que deverá ser feito em atenção ao dever de fundamentação e de maneira proporcional.

Os atos de improbidade possuem natureza extrapenal, como pode ser acurado por intermédio do artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal da República de 1988, bem como pela Lei nº 8.429/92 em seus artigos 9º, 10 e 11, que se aproxima da técnica utilizada pelos regimes jurídicos administrativos valorizando os conceitos jurídicos indeterminados.

A LIA está direcionada à tutela do difuso direito à probidade administrativa e à integralidade do patrimônio público econômico e, sob o aspecto de sua composição normativa, é um diploma multidisciplinar concorrendo preceitos de Direito Civil, Administrativo, Processual Penal, Penal, Constitucional, Financeiro, Tributário e Empresarial com natureza primordialmente sancionadora, mas com o contexto administrativo-constitucional (FAZZIO JUNIOR, 2016, p. 11).

Não há unanimidade entre os doutrinadores acerca da natureza jurídica das sanções previstas na LIA, havendo teses que defendem a natureza penal, outras a natureza administrativa, bem como há aquelas que defendem a natureza cível, político-administrativa e, até mesmo, híbrida.

Isso é explicado, pois a LIA possui características especiais, cujo processo sancionador obedece a regras mistas de processo civil, ação civil pública, bem como regras do Código de Processo Penal, como decidiu recentemente do STF (SANTOS, 2002, p. 152).

O artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, ao tratar das penas, apresenta a natureza de sanção, de retribuição, não é a mesma pena do Direito Penal. Em seu artigo 18, ao tratar da legitimidade para o ajuizamento da ação de improbidade, prevê como legitimados o Ministério Público e a pessoa jurídica lesada, o que corrobora o caráter extrapenal. Assim, diante das características citadas, juntando com a ADI nº 2.797/DF e a ADI 1.860/DF, o STF afirmou a natureza cível da Lei 8.429/92, protegendo direitos transindividuais.

Dessa forma, há de se ressaltar a independência das esferas, não impedindo que o mesmo fato dê origem a sanções civis, penais e administrativas, como esclarecido no artigo 12 da Lei 8.429, bem como no artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

A tipicidade de cada uma das esferas justifica a independência entre elas, as consequências do ato ilícito são diversas para cada

uma delas, o que limita os efeitos da colaboração premiada na Lei de Improbidade Administrativa.

O agente público envolvido em ações das organizações criminosas poderá ter sua responsabilidade tridimensionada em razão do exercício irregular de suas atribuições, conforme descreve o artigo 121 da Lei nº 8.112/90, desde que o ato ilícito tenha eficácia para projetar efeitos nas três esferas punitivas.

A decisão penal que em razão da colaboração premiada concede o perdão judicial traz como consequência a extinção da punibilidade da ação penal, conforme artigo 4º, *caput* e parágrafo 2º da Lei nº 12.850/13 c/c artigo 107, inciso IX, do Código Penal, não surtindo, diante da independência das instâncias, nenhum efeito penal ou extrapenal, inclusive na ação de improbidade administrativa (LESSA, 2014, p. 67).

A obrigatoriedade da apuração do ato de improbidade reside na indisponibilidade dos interesses em jogo, extraindo-se do artigo 23, I, da Constituição Federal o dever, que recai sobre todos os entes federativos, de preservação do patrimônio público em sua dimensão preventiva e repressiva.

Com base nessa concepção de imperiosa necessidade de preservação do patrimônio público, busca de reparação do dano causado e repressão aos agentes públicos violadores de seus compromissos institucionais se admite, inclusive, hipótese de instauração de procedimento investigatório com vistas à apuração de fato razoavelmente determinado em sede de colaboração (GARCIA; ALVES, 2008, p. 541).

A improbidade administrativa está consubstanciada em lesão ao erário praticado por agente público ou terceiro beneficiário. O objeto da ação de improbidade é indisponível e, por essa razão, há a vedação legal de acordo, conciliação ou transação prevista no parágrafo 1º do artigo 17 da Lei nº 8.429 de 92, diferentemente do previsto para a esfera penal.

É cediço que há uma incompatibilidade na aplicação da colaboração premiada aos atos de improbidade administrativa, por ser instituto próprio ao direito criminal. Isso porque não há benefício, nessa esfera, ao colaborador, mas sim uma imprestabilidade como acréscimo ao colaborador, tendo em vista não haver, na Lei de Improbidade Administrativa, qualquer previsão expressa disposta a entregar benefícios ao investigado para formulação de acordo de colaboração premiada ou acordo de leniência.

O acordo de leniência, em breves palavras, segue a linha da colaboração premiada no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, bem como no da Lei Anticorrupção, cujo sujeito colaborador é a pessoa jurídica que, por seus atos, causou dano às atividades da Administração Pública.

A Lei nº 12.846/2013, também chamada Lei Anticorrupção, autoriza a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, no âmbito de suas respectivas competências, a celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos ilícitos previstos nessa lei, desde que desta colaboração resulte: a identificação dos demais envolvidos na infração,

a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação e o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de controle e fiscalização. Contudo, diferentemente da colaboração, no acordo de leniência não há a participação do juiz, é realizado no âmbito administrativo (BRASIL, 2013a).

No momento da incidência da colaboração premiada, um dos objetivos a serem perseguidos é a recuperação dos produtos do crime. Entretanto, trata-se de hipótese alternativa, isto é, poderá não ocorrer. Nesse sentido surge a primeira preocupação de extensão dos benefícios próprios do instituto quando diante de crimes contra a Administração Pública, pois, em razão do dano ao erário e pela natureza do bem jurídico tutelado, não é recomendável a utilização da colaboração sem que haja o retorno dos valores subtraídos aos cofres públicos (FONSECA; TABAK; AGUIAR, 2015).

Veja-se que esta é a tendência absoluta quando se fala de colaboração premiada, principalmente quando se trata de crimes de corrupção e similares praticados por organizações criminosas. A evolução das leis no Brasil se deu nesse sentido, uma vez que as primeiras normas que previram a redução de pena para o réu se satisfaziam apenas com o auxílio para esclarecimento do crime e identificação dos coautores.

Entretanto, atualmente, ressalta-se que o acordo de colaboração premiada deve auxiliar na localização e recuperação do produto do crime, em consonância com o previsto no artigo

37 da Convenção de Mérida. E essa deve ser, de fato, a maior preocupação no que concerne aos delitos de corrupção e similares: a recuperação do produto do crime, tendo em vista os males provocados pela corrupção, que aumenta a exclusão social, deteriora os serviços públicos e vitima uma clientela que não pode se socorrer nos serviços privados ou no livre mercado (FONSECA; TABAK; AGUIAR, 2015). Nota-se, na análise do instituto da colaboração premial e da ação de improbidade administrativa, em consonância com o parágrafo 1º do artigo 17 da Lei 8.429/92, a impossibilidade expressa de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade, revelando-se como uma barreira na ampliação dos benefícios trazidos pelo instituto.

O mencionado dispositivo impossibilita a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. Não há que se falar em predisposição das sanções previstas para a prática dos atos de improbidade, sob pena de representar estímulo à torpeza do agente que praticou ato ilícito, bem como estaria violando os princípios da Administração Pública.

A LIA, orientada pela moralidade administrativa e em consonância com o artigo 37, parágrafo 4º da CF, exprime a vontade política na direção do adequado gerenciamento da coisa pública.

A Constituição Federal de 1988 inovou no controle dos atos da administração, maximizando a importância da cidadania e elegendo valores imateriais do art. 37 como tuteláveis

judicialmente por meio de um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública.

Assim, distingue-se a corrupção, cujo âmbito de incidência é mais amplo, conforme detalhado no primeiro item do presente artigo, da improbidade administrativa, de características específicas e bem delineadas na LIA. Contudo, imperioso ressaltar que alguns atos previstos na LIA podem vir a configurar atos de corrupção sem que haja a confusão entre os institutos e tornando inafastável a incidência da LIA e a aplicação de suas sanções previstas.

A repercussão extrapenal do perdão judicial concedido ao funcionário transgressor da lei iria de encontro ao princípio da moralidade administrativa cravado no art. 37, *caput*, da Lei nº 9.784/99.

É dever do Estado proteger e efetivar a tutela jurisdicional de modo satisfatório, assegurando, inclusive, a efetividade do seu exclusivo poder-dever de punir. Essa responsabilidade é do interesse de toda a sociedade, que tem o direito garantido de bem-estar e segurança.

4 A colaboração premiada e sua extensão aos atos de improbidade

É cediço que as provas e os elementos informativos fornecidos pelo colaborador na esfera criminal poderão ser utilizados nos processos cíveis, sujeitando-se ao crivo do

contraditório e da ampla defesa em respeito ao devido processo legal.¹

A Lei nº 12.850/13 atribuiu à colaboração premiada, no seu artigo 3º, inciso I, a natureza jurídica de meio de obtenção de prova. Em seu artigo 4º, parágrafo 16, prevê que as informações obtidas por meio da colaboração premiada não são por si só suficientes para fundamentar a condenação de terceiros. Assim, conclui-se que a colaboração premiada não é um meio de prova propriamente dito, mas sim um instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas a partir das informações prestadas (BADARÓ, 2012, p. 270).

O juízo condenatório não poderá fundar-se exclusivamente em declarações decorrentes do acordo de colaboração, por outro lado, também não se demonstra razoável a exigência

¹ *Mutatis mutandis*, essa é a orientação do Supremo Tribunal Federal, em relação ao empréstimo de prova obtida em investigação criminal, para a sua utilização em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas: “PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos” (BRASIL, 2007). No mesmo sentido, é a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: RMS 33.628/PE (BRASIL, 2013c).

de comprovação por outros meios de provas tradicionais. Assim, essas declarações têm relevância probatória, mas com a necessidade de fortalecimento das informações prestadas em sede de colaboração.

Nessa seara surge a importância do que a doutrina chama de regra da corroboração, quando o colaborador traz aos autos elementos capazes de confirmar suas declarações (LIMA, 2015, p. 545).

A Lei nº 12.850/13, em seu art. 4º, § 16, impôs que a sentença condenatória não poderá ser proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador, tendo em vista o restrito valor probatório da colaboração. O magistrado deverá fundamentar o seu convencimento não apenas com a declaração do colaborador, mas também com os elementos objetivos exteriores à delação.

O STF, por ocasião do Habeas Corpus nº 90.688-PR, decidiu que os acordos de colaboração premiada não poderiam ser apreciados como elemento de informação, nem como prova, já que não passam pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. Entendimento que foi reiterado, recentemente, pelo Habeas Corpus nº 127.143-PR em 27/8/2015. Isso, pois o acordo de colaboração premiada, por si, não é meio de prova, por essa razão deve ser corroborado por outros elementos idôneos.

Os elementos de confirmação da declaração premiada podem se constituir de provas ou indícios, ou seja, de dados fáticos autônomos cuja correlação lógica com a declaração acusatória reforce sua credibilidade. Relevante é que os elementos de

corroboração sejam idôneos aos efeitos de constituir verificação da credibilidade dos fatos revelados pelo colaborador, mais do que constituir prova direta dos fatos declarados. Não há uma restrição quanto à natureza dos dados confirmativos, podendo se constituir em outras declarações e documentos, ou mesmo em dados objetivos ou fatos confirmados que sirvam para conferir confiabilidade à narrativa do declarante (PEREIRA, 2009, p. 493).

A importância da colaboração surge exatamente nas situações em que os órgãos de persecução penal não lograram obter suporte probatório suficiente para demonstrar a responsabilidade de investigado pelo cometimento dos fatos ilícitos, o que é muito comum quando se trata de criminalidade organizada.

Por isso é que os dados de corroboração devem se relacionar com os fatos relatados pelo colaborador, permitindo que se ateste a credibilidade extrínseca de suas declarações acusatórias, firmando-se a suficiência da colaboração processual vestida, meio de prova composto, para enervar o princípio da presunção de inocência (PEREIRA, 2009, p. 494).

Vale dizer que, se durante a persecução penal forem realizadas delações ou outras espécies de colaborações, os elementos informativos poderão ser emprestados para o inquérito civil e, depois, transportados para a ação civil pública (CAMBI, 2014).

Conforme exposto, a colaboração premiada não é uma prova em si mesma, mas um instrumento de obtenção de

provas e subsídios informativos. A deficiência em produzir meios probatórios capazes de solucionar os fatos não pode ser admitida pelo Estado, que deve buscar caminhos alternativos que viabilizem a persecução, embasando a decisão judicial de forma condizente com a realidade dos acontecimentos, tendo observado o devido processo penal com as características que a Constituição estabelece (COSTA, 2002, p. 19).

Nessa seara, a prova produzida em sede de colaboração premiada terá relevância ao identificar as condutas e o nexo causal entre os atos praticados e o elemento subjetivo do poder de ofensividade da Lei nº 8.429/92 e, assim, provar o dolo direto do agente público ou do particular nos casos elencados no artigo 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa e a culpa precedida de má-fé no tipo descrito no artigo 10 (MATTOS, 2016).

Nesse sentido, as provas obtidas por intermédio de acordo de colaboração premiada serão livremente utilizadas, sem que isso acarrete em favores ao colaborador na esfera da improbidade administrativa.

A transação, no processo civil, significa reciprocidade de concessões sob autorização legal que, no caso da ação de improbidade administrativa, inexistente. Essa concessão só é admitida quando diante de direitos patrimoniais de caráter privado, conforme expõem os artigos 840 e 841 do Código Civil (FAZZIO JUNIOR, 2016, p. 460).

Os interesses em questão são o patrimônio público econômico e a probidade administrativa, os colegitimados ativos

do artigo 17 da LIA não têm disponibilidade sobre o patrimônio público ou sobre a moralidade administrativa (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 362). Verifica-se, assim, que alcança interesses difusos ou coletivos e aborda direito indisponível cujo titular é o Estado, não podendo o legislador ou julgador transacionar a redução de punibilidade em face da colaboração, como o faz no Direito Penal (BRASIL, 2014).

Ainda assim, há quem defenda a disponibilidade das sanções previstas na LIA em razão da colaboração efetuada com o argumento de que não há obrigação no ordenamento jurídico, sobretudo em virtude do parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Civil, de que em casos de lesão a direitos haja sempre o pedido de reparação. Afirmam, ainda, que pode haver apenas o pedido de declaração de violação desses direitos, sem que haja pretensão de reparação judicial de tais atos. É o caso do AI nº 505327681.2015.4.04.0000/PR (BRASIL, 2016).

Para fundamentar a posição acima exposta, utiliza-se do artigo 4º, parágrafo 1º do CPC, posteriormente corroborado pelos artigos 19 e 20 do novo Código de Processo Civil, permitindo ações meramente declaratórias com finalidade na certeza jurídica, ou seja, que o ato seja reconhecidamente ímprobo, sem que haja aplicação de sanções.

Entretanto, diante dos argumentos apresentados, resta inegável que, no caso da ação de improbidade, o comando de punir é absolutamente indisponível, não se tolerando concessões mútuas, porquanto não envolvem interesse particular e disponível,

mas público e, conseqüentemente, indisponível (RIZZARDO, 2012, p. 392).

Note-se que tem se tornado prática corriqueira nos acordos de colaboração premiada a negociação de aspectos não abarcados pela legislação de regência, sobretudo porque preveem, de forma absolutamente ilegal, a possibilidade de disposição do dano patrimonial provocado por ato de improbidade administrativa, em flagrante afronta ao disposto no art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 e art. 841 do Código Civil (BORRI; SOARES, 2017, p. 171).

Os atos de improbidade, conforme visto, versam sobre interesses transindividuais vinculados à moralidade administrativa; nesse diapasão, a ação civil pública transcende o universo restrito das partes para alcançar interesses difusos ou coletivos da sociedade. O matiz social substitui o individual, impondo a aplicação de sanções aos agentes ímprobos de modo que os atos de disposição não se justificam (FAZZIO JUNIOR, 2016, p. 460).

A vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, mais especificamente, ao direito ao mínimo para uma existência digna, é tarefa a ser cumprida, adequando as necessidades e desafios (PINTO; BITENCOURT NETO, 2012, p. 171).

A grande consequência de extensão dos favores próprios do instituto da colaboração premiada aos atos de improbidade seria a impunidade. O patrimônio público desviado não tem um titular

específico pronto para abrir mão dos valores desviados, mas uma coletividade, e a corrupção gera um custo a essa sociedade.

A colaboração tem de ter um efeito dissuasivo, evitando a composição de organizações criminosas e não acarretar apenas benefícios aos colaboradores. Nesse sentido é que se impõe a recuperação dos recursos públicos desviados com o auxílio dos agentes que praticaram os atos de improbidade.

Caso fosse possível abrir mão das sanções previstas na LIA por meio de acordo de colaboração em que o denunciante recebesse recompensa por denunciar casos de corrupção, aumentando a chance de recuperação dos recursos desviados, dever-se-iam ofertar recompensas previstas em lei, dentre elas, o perdão judicial e a redução da pena. O que não se demonstraria razoável diante do interesse jurídico tutelado e da consequência que traria essa impunidade.

Nos países onde há corrupção elevada, os níveis de investimento e crescimento econômico diminuem, já que aumenta custos e incertezas, e tais custos sociais vitimam especialmente as camadas mais pobres da população (FONSECA; TABAK; AGUIAR, 2015).

Assim, a previsão normativa existe efetivamente devendo a sociedade estar atenta às tentativas de se retirar a efetividade da Lei nº 8.429/92, inviabilizando a sua justa aplicação.

5 Conclusão

A colaboração premiada, após ser prevista nas Convenções de Palermo e de Mérida como instrumento de enfrentamento à corrupção, foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 12.850/13. Trata-se de novidade legislativa com nova conformação e vem se mostrando muito eficaz no combate ao crime organizado, com o desmantelamento das organizações criminosas. Ela se insere no enfrentamento à macrocriminalidade. O ponto crucial do presente trabalho foi tratar das manifestações de criminalidade organizada que guardam proximidade com a corrupção, de âmbito notadamente mais amplo. No presente caso, o crime organizado encontra atos de Estado, tornando inafastável a incidência das sanções.

Há quem defenda a ampliação dos benefícios próprios da colaboração premiada aos atos de improbidade administrativa com o argumento de que o colaborador, ao elucidar os atos ilícitos cometidos no âmbito estatal, deve receber os benefícios ofertados pelo instituto, sendo possível a disposição por parte do Estado das sanções previstas da Lei de Improbidade Administrativa.

A LIA foi regulamentada em 2012 a fim de prevenir e reprimir os atos ímprobos, estabelecendo suas sanções e vedando transação, acordo ou conciliação em seu artigo 17, parágrafo 1º. As sanções, portanto, não podem ser objeto de transação, não há de se falar em improbidade sem sanção, haja vista ser a ação de improbidade o instrumento jurídico capaz de impor sanções,

em conformidade com o artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Esse entendimento de que deve haver a ampliação dos benefícios da colaboração aos atos de improbidade, contudo, não merece prosperar. Isso porque a colaboração se dá expressamente e exclusivamente no âmbito penal, no campo das organizações criminosas. Nessa perspectiva, no âmbito da improbidade, o modo como a colaboração vem sendo tratada no Brasil dissociar-se da compreensão do ordenamento jurídico vigente.

É indiscutível que as provas obtidas na colaboração premiada serão livremente utilizadas na investigação dos atos de improbidade, a julgar por a colaboração ser meio de obtenção de prova, sem que isso acarrete em prêmios para o colaborador na esfera da improbidade.

O titular da ação de improbidade não tem disponibilidade sobre o patrimônio público ou sobre a moralidade administrativa, hipótese comprovada pela vedação legal imposta a acordos no âmbito da improbidade administrativa tanto na Constituição Federal como na LIA, bem como pela ausência de utilidade prática.

Cumprе salientar, ainda, que as sanções para a prática de atos de improbidade independem de outras sanções penais, civis e administrativas porque há a independência das instâncias e as consequências do ato ilícito são diversas em cada uma delas.

Não se pode aceitar argumentos de que a colaboração traz bons resultados no combate ao crime organizado para a

negociação das sanções dos atos de improbidade com entrega de benefícios não previstos na legislação vigente. O Estado não pode invocar instituto próprio do campo penal com tal justificativa para se eximir dos seus deveres e abrir mão do interesse público.

Portanto, o Estado deve garantir a toda sociedade persecução e punição justa e proporcional àqueles que se utilizaram do patrimônio público em benefício próprio. O que não se demonstra razoável, por sua vez, é ofertar benefícios e transacionar com as penas previstas ao agente transgressor, sob pena de promover um incentivo à corrupção no âmbito estatal e afronta ao disposto no art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92.

Espera-se que, em consonância com a Lei federal nº 12.850/13, a Lei de Improbidade Administrativa e a Constituição Federal de 88, não haja aplicações ilegítimas no instituto da colaboração premial em outros campos, em especial no da improbidade administrativa, por não haver brechas legais e propósitos práticos que justifiquem tal ato.

Title: The impossibility of extending the legal collaboration benefits to administrative improbity acts

Abstract: The Federal Constitution set forth the punishment to those who commit acts of administrative improbity. To meet the constitutional provision, the Law no. 8.429/1992 determined the legal nature of improbity claims and the impossibility of negotiating, agreeing or conciliating in lawsuits derived from acts of improbity. The Law no. 12.850/2013, in turn, innovated the legal system by comprehensively treating organized crime and regulating the plea bargain as a means to obtaining evidence pursuant to the Merida and the Palermo Conventions, which, at

the international level, is treated as a means of fighting against corruption. In the field of criminality, there are offenses that are created through acts of the State. These are the acts of improbity committed by civil servants or third parties; within the scope of criminal organizations, it constitutes a large scale crime with features of corruption which entails a state action. The present study aims at demonstrating the impossibility of extending the criminal benefits of the plea bargain, specific to organized crimes, to acts of administrative improbity, due to the legal prohibition set forth by the Administrative Improbity Law in accordance with the Federal Constitution. The methodology applied will be the analysis of content, by means of reviewing documents, especially the international Conventions and the comparison with the Brazilian laws, as well as examining the specific bibliography on the topic.

Keywords: Plea bargain. Criminal organizations. The United Nations Convention against Corruption. The United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Administrative improbity.

Referências

AZEVEDO, David Teixeira. A colaboração premiada num direito ético. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 771, p. 448-453, jan. 2000.

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BALLAN JUNIOR, Octahydes; VASCONCELOS, Lélia Lins de. Colaboração premiada: instrumento para a efetivação da política criminal brasileira. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano 12, n. 70, p. 33-53, fev./mar. 2016.

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 167-187, jan./abr. 2017.

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/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5687.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas

pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 2 ago. 2013a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 25 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 ago. 2013b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 25 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 25 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança nº 33.628/PE. Relator: Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2 de abril de 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 12 abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=12849&seq_documento=7338007&data_

pesquisa=12/04/2013&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento>. Acesso em: 28 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 127.483/PR. Inteiro teor do Acórdão. Relator: Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 7 abr. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 90.688/PR. Inteiro teor do Acórdão. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 12 de fevereiro de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 25 abr. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito-QO nº 2424/RJ. Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 25 de abril de 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 24 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=481962>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 234.223/DF. Relator(a): Min. Octávio Gallotti. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 12 maio 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254564>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação cível nº 200442000001738, 4ª Turma. Relator(a): Juiz Fed. Conv. Clemência Maria Almada Lima de Ângelo. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 2 jun. 2014. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=00001741520044014200>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Agravo de Instrumento nº 505327681.2015.4.04.0000/PR*. Relator: Desembargador Federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle. Porto Alegre, 26 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/trf-acao-improbidade.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

CAMBI, Eduardo. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção na Lei 12.846/2013. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, Brasília, DF, n. 4, p. 11-43, 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Revista_CNMP_WEB4e.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2017.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Conceito processual de justiça. *Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, v. 4, n. 47, p. 17-21, mar. 2002.

COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel; QUEIROZ, Ronaldo (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Jvspodium, 2015. p. 439-460.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FONSECA, Cibele; TABAK, Benjamin; AGUIAR, Júlio César de. *A colaboração premiada compensa?* Brasília: Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2015. 39 p. (Textos para discussão, n. 181). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td181>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LESSA, Sebastião José. Organizações criminosas: investigação criminal: meios de obtenção de prova: infrações penais correlatas: procedimento criminal (Lei 12.850/13): funcionário público envolvido nas organizações criminosas: colaboração premiada: perdão judicial: extinção da punibilidade: independência das instancias: efeitos: improbidade administrativa: enriquecimento ilícito: pessoas jurídicas: responsabilização por atos contra a Administração Pública (Lei nº 12.846/2013): questões e debates. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 14, n. 157, p. 61-67, mar. 2014.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 267-292.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Lei de improbidade administrativa não autoriza delação premiada para buscar indícios de ato ímprobo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 21, n. 4703, 17 maio 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48961>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

MENDRONI, Marcelo. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista dos tribunais*, ano 102, v. 929, p. 319-358, março de 2013a.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista CEJ*, ano 17, n. 59, p. 84-99, jan./abr. 2013b.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 879, p. 475-498, jan. 2009.

PINTO, Luísa Cristina Pinto; BITENCOURT NETO, Eurico. *Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 10, n. 56, p. 24-29, out./nov. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *A ação civil pública e a ação de improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

SANTOS, Carlos Frederico Brito. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo. Efeitos da colaboração premiada e a lei de improbidade administrativa. *Revista do STJ*, Brasília, DF, v. 28, n. 241, p. 545-556, jan./mar. 2016.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. A importância e prioridade da prevenção no combate à corrupção (o sistema português ante a Convenção de Mérida). *Centro de estudos da*

população, economia e sociedade. 2011. Disponível em:
<<http://62.28.70.172/portal/pt/publicacoes/obras/a-economia-da-corrupcao-nas-sociedades-desenvolvidas-contemporaneas/importancia-e-prioridade-da-prevencao-no-combate-a-corrupcao-o-sistema-portugues-ante-a-convencao-de-merida>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.

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

CARMONA, Flávia Santoro. A inviabilidade de extensão dos benefícios da colaboração premiada aos atos de improbidade administrativa. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 37-87, 2019. Anual.

Submissão: 17/7/2017

Aceite: 8/11/2017

Audiência de custódia: possibilidade de utilização da oitiva do conduzido como meio de prova

Ruy Reis Carvalho Neto

Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Território (MPDFT). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Resumo: O presente artigo defende a possibilidade de utilização da oitiva do custodiado como meio de prova. Inicialmente, aborda-se a contextualização do tema audiência de custódia no Brasil, com especial atenção para o papel determinante do Supremo Tribunal Federal. Passa-se a análise do tratamento legal interno da prisão em flagrante, demonstrando-se a insuficiência da simples remessa do auto de prisão em flagrante como mecanismo de fiscalização do ato. Posteriormente, ressalta-se a importância dos tratados internacionais de direitos humanos, especificamente os Pactos de San Jose da Costa Rica e dos Direitos Civis e Políticos, ambos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* supralegal. Adiante, verifica-se que a normatização interna não respeita, de forma integral, os direitos do preso, razão pela qual a implementação das audiências de custódia é medida fundamental. Nesse contexto, destacam-se os diversos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como é feito um estudo comparativo do tema. Sublinham-se as iniciativas internas para regulamentação das audiências de custódia, em especial o Projeto de Lei nº 554/2011, recentemente aprovado no Senado Federal. Por fim, após análise sobre conceitos e vedações de utilização de provas no direito comparado, conclui-se que, apesar da audiência de custódia não ser o momento adequado para produção probatória, eventuais elementos colhidos podem e devem ser valorados no bojo do processo.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Pacto de San Jose da Costa Rica. Pacto dos direitos civis e políticos. Provas. Processo penal. Direitos humanos. PLS 554/2011.

Sumário: Introdução. 1 Audiência de custódia: origem e aplicabilidade no Brasil. 1.1 Regulamentação interna da prisão em

flagrante. 1.2 Regulamentações internacionais da audiência de custódia. 1.3 Projeto de Lei iniciado no Senado nº 554/2011. 2 Da possibilidade de utilização dos elementos colhidos como prova. 2.1 Finalidade da audiência de custódia. 2.2 Restrições quanto à oitiva do custodiado: sobre a possibilidade de utilização da oitiva do custodiado como meio de prova. 3 Conclusão. Referências.

Introdução

De início, verifica-se que a questão atinente à apresentação de custodiados imediatamente ao Poder Judiciário, apesar de não ser uma novidade do ponto de vista jurídico, tomou ares nacionais a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5240, a qual questionava provimento conjunto do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) e da Corregedoria Geral da Justiça do estado que trata do procedimento. Referida ação de controle de constitucionalidade foi ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil). Na petição inicial, a ADEPOL alegou dois vícios de inconstitucionalidade, quais sejam: i) ofensa à competência federal para legislar sobre material processual; e ii) violação ao princípio da separação de poderes.

Segundo argumentado, “[...] a definição de competência, de capacidade, de modo de agir de um agente público para a realização de um ato, cujo escopo é deflagrar a ação penal, é matéria de Direito Processual Penal” (BRASIL, 2015). Além disso, foi mencionada a existência do Projeto de Lei (PLS) 554/2011, já aprovado no Senado Federal e pendente de deliberação na Casa

revisora. Quanto à ofensa à separação de poderes, alegou-se que não caberia ao Poder Judiciário “[...] editar, mediante ato administrativo interno, direção a servidores da Administração Pública Direta, voltada à Segurança Pública” (BRASIL, 2011). Em síntese, o ato normativo trouxe novas atribuições aos delegados e agentes de polícia, antes da aprovação de lei formal pelo Congresso Nacional.

A Procuradoria-Geral da República oficiou pela improcedência do pedido ao argumento de que não há usurpação da competência legislativa da União na espécie, uma vez que o ato normativo visa apenas a “[...] regulamentar direito fundamental consolidado em tratado internacional de direitos humanos em vigor no ordenamento jurídico brasileiro [...]” (BRASIL, 2015).

Em agosto de 2015, por maioria, o Tribunal conheceu em parte da ação, julgando improcedente o pedido formulado, vencido o Ministro Marco Aurélio. Do julgado, destaca-se a indicação expressa para que os tribunais pátrios passem a adotar a referida prática.

Na sequência, em razão da decisão tomada no âmbito da ADPF 347, que reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” no sistema prisional brasileiro, foi deferida, parcialmente, a medida cautelar pleiteada para, dentre outras providências, determinar aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão (STF..., 2015).

No Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), foi aprovada a Recomendação nº 28, de 22 de setembro de 2015, no sentido de que o Ministério Público brasileiro:

[...] adote as medidas administrativas necessárias para assegurar a efetiva participação de seus membros nas audiências de custódia, objetivando garantir os direitos individuais do custodiado e promover os interesses da sociedade, aderindo, ainda, aos termos de cooperação técnica firmados pelos respectivos tribunais (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015).

A questão envolvendo a liberdade ganhou maior relevo local após a instalação, no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), da audiência de custódia (Portaria Conjunta nº 101, de 7 de outubro de 2015 do TJDFT).

Como aspecto subjacente a toda discussão, há o Projeto de Lei nº 554/2011, iniciado no Senado e aprovado recentemente, o qual tem provocado forte polêmica, especialmente após a aprovação do substitutivo da lavra do Senador Humberto Costa. Referido projeto de lei traz expressa vedação da utilização da oitiva do preso como meio de prova contra o depoente. As regulamentações nacional e local repetem, ainda que em parte, vedações constantes no referido projeto quanto à incursão de elementos que antecipem o mérito da investigação ou eventual ação penal, o que merece críticas, conforme adiante abordado.

O foco do presente artigo, portanto, será uma análise a respeito da possibilidade de utilização dos elementos colhidos na audiência de custódia como prova em eventual ação penal futura. Antes de adentrar nessa questão, é fundamental uma análise a

respeito do instituto, inclusive do ponto de vista do Direito comparado. Será analisado, ainda, o projeto de lei aprovado em dezembro do ano passado, o PLS 554/2011, que possui alguns dispositivos que interessam ao foco do presente estudo. Cabe destacar, por fim, que a análise crítica do tema será feita do ponto de vista dogmático, não serão, portanto, levantados dados estatísticos ou utilizadas pesquisas empíricas a respeito da questão.

1 Audiência de custódia: origem e aplicabilidade no Brasil

Feita essa breve contextualização do tema, passa-se à análise da audiência de custódia propriamente dita, com especial atenção para a atual regulamentação interna do tema em comparação com as diversas normas internacionais.

1.1 Regulamentação interna da prisão em flagrante

De início, verifica-se que a legislação ordinária brasileira regula a questão envolvendo a análise das prisões no art. 306 do Código de Processo Penal. Com efeito, o *caput* do mencionado dispositivo apenas faz expressar direito já consagrado no art. 5º, LXII, da Constituição da República, segundo o qual a prisão de qualquer pessoa deve ser comunicada, imediatamente, ao juiz competente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada e ao Ministério Público.

A finalidade resta bastante clara, uma vez que cabe ao juiz competente avaliar a legalidade e a necessidade da prisão; ao Ministério Público, fiscalizar a ordem jurídica e o controle externo

da atividade policial (art. 129, II e VII, CF); bem como à família ou à pessoa indicada, prestar a devida assistência ao encarcerado. Importante notar que, caso não informado o nome do advogado do autuado, será remetida cópia à Defensoria Pública para que se preste a assistência jurídica indispensável (art. 306, §1º, CPP).

Em atenção ao determinado constitucionalmente, o legislador ordinário fixou o prazo de até 24 horas para que a comunicação seja feita. Nota-se que o legislador buscou trazer concretude ao termo “imediatamente”, utilizando o critério de 24 horas¹. Verifica-se, porém, que a simples remessa do auto de prisão em flagrante não atende ao preconizado em algumas normas de Direito Internacional Público, uma vez que o Brasil é signatário do Pacto de Direitos Civis e Políticos e do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Constate-se que o modelo normativo previsto é de simples remessa de cópias do auto de prisão em flagrante às autoridades competentes, em específico ao juiz competente para deliberar sobre a prisão. Há críticas quanto a esse modelo, uma vez que não tem sido realizado a contento o controle de legalidade e necessidade da prisão, bem como não é mecanismo eficaz no controle do respeito aos direitos da pessoa presa, em especial como instrumento de prevenção e controle da tortura (PRUDENTE, 2015).

¹ A questão envolvendo o prazo para a apresentação do preso será abordada adiante, sobretudo em razão das críticas envolvendo a real possibilidade de observância do prazo fatal.

O pano de fundo, é importante destacar, é o caos do sistema prisional brasileiro. Aliás, esse foi tema objeto de análise tanto na ADI 5240/SP e, claro, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 (STF..., 2015). Da leitura dos acórdãos, destacam-se os seguintes números²: o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo, alcançando o terceiro lugar, se contadas as prisões domiciliares. Segundo o relatório divulgado em junho de 2014 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014), são 563.526 presos, sendo 41% desse total de presos provisórios. Há um *deficit* de vagas no sistema que chega a “escandalosa taxa de ocupação de 200% das vagas existentes”³.

É diante dessa realidade que se mostra necessária a implementação da audiência de custódia. Não se deve partir do pressuposto de que o objetivo da audiência de custódia é esvaziar os presídios, a questão é mais profunda e perpassa sobre a efetiva necessidade de avaliação pormenorizada da legalidade e da necessidade de manutenção das prisões (MASI, 2015).

1.2 Regulamentações internacionais da audiência de custódia

Conforme já dito, a questão envolvendo as normas internacionais é fundamental para o entendimento da matéria. O Brasil é signatário dos Pactos de San Jose da Costa Rica (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992) e de Direitos Cíveis e Políticos

² O Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 347, utilizou a seguinte expressão para qualificar a questão “A situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro”.

³ Trecho do voto do Ministro Luiz Fux, relator da ADI 5240/SP.

(Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992). Referidas normas internacionais, que depois de incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro gozam de *status* supralegal⁴, regem a matéria de forma significativamente distinta do estipulado no Código de Processo Penal.

Com efeito, a Convenção Americana sobre Direito Humanos assevera em seu art. 7º, item 5:

5. Toda pessoa detida ou retida *deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais* e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, grifo nosso).

Na mesma toada, o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos preconiza no item 3 do art. 9:

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal *deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais* e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença (BRASIL, 1992, grifo nosso).

⁴ RE 466343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009; HC 95967, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 11.11.2008, DJe de 28.11.2008; ADI 5240, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 20.8.2015, DJe de 1.2.2016.

Resta evidente, portanto, a necessidade de condução, sem demora, da pessoa presa à presença de um juiz ou outra autoridade que exerça as funções judiciais. Considerando que a prisão em flagrante é ato revestido de caráter administrativo, releva a importância de uma fiscalização por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário (PRUDENTE, 2015).

Desse modo, assevera parcela da doutrina que deve ser feita uma leitura do instituto que supere o *enclausuramento normativo* interno, superando a normativa interna em um típico controle de convencionalidade para fins de aplicação das normas internacionais acima tratadas (LOPES JR.; PAIVA, 2014). A discussão não se limita ao âmbito interno. Verifica-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já enfrentou a matéria em diferentes oportunidades, possuindo vasta jurisprudência sobre o tema.

Destaca-se o caso “Tibi VS. Ecuador”, no qual a Corte firmou que a simples comunicação da prisão não atende à garantia prevista no artigo 7.5 da CADH, sendo necessário o comparecimento pessoal do preso diante da autoridade competente (MASI, 2015). Com efeito, assim vaticinou a Corte:

118. Este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el

detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004).

Importante notar que, no referido julgado, a CIDH enfrentou matéria de grande relevância ao dar interpretação à expressão “juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. Restou determinada a reserva de jurisdição sobre a questão. No mesmo sentido, restou consignado, nos casos Acosta Calderón VS. Equador e Palamara Iribarne VS. Chile, que a autoridade deve ser previamente investida de jurisdição, possuindo competência para o exercício do julgamento de forma imparcial e independente. Esse ponto gerou certa polêmica interna, sobretudo em razão de julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na lavra do Desembargador Guilherme de Souza Nucci, que assim asseverou:

Quanto à afirmada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação dos pacientes ao juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa aos tratados internacionais de direitos humanos. Isto porque, conforme dispõe o artigo 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. No cenário jurídico brasileiro, embora o delegado de polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, *in concreto*, os pacientes foram devidamente apresentados ao delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante (TJ-SP — HC 2016152-70.2015.8.26.0000 — Relator Guilherme de Souza Nucci, j. 12.05.2015).

Referida interpretação gerou críticas, em especial diante da denominada indevida equiparação do delegado de polícia ao juiz de Direito para fins de audiência de custódia (PINTO, 2015). Com efeito, resta evidente que o ordenamento jurídico brasileiro apenas confere aos magistrados poder jurisdicional típico, não havendo outra autoridade competente para a realização das audiências de custódia.

A Corte ainda consignou a importância da audiência de custódia como instrumento de controle e arbitrariedades e ilegalidades de prisões. Referido controle tem por escopo assegurar que a prisão, como *ultima ratio* que é, somente deve ser imposta quando necessária e adequada (CRUZ, 2011). Nesse sentido, no caso Acosta Calderón VS Equador, conclui que a apresentação imediata é medida idônea para esse controle, como forma de tratamento em consonância com a presunção de inocência.

Diversos outros casos são citados pela doutrina, a exemplo de Acosta Calderón VS. Equador, Villagrán Morales e outros VS. Guatemala (“Niños de La Calle”), Lopez Alvarez VS. Honduras, Garcia Asto VS. Peru e Palamara Iribarne VS. Chile, dentre outros (MASI, 2015).

A imediata apresentação do custodiado à autoridade judicial já é realidade no continente americano, a exemplo dos seguintes países: Peru, México, Argentina, Chile e Colômbia (COUTINHO, 2015). A também denominada audiência de garantia (SANTOS, 2015) é aplicada, ainda, na Alemanha, na Itália e nos Estados

Unidos da América, por exemplo (DELMAS-MARTY, 2005 *apud* MASI, 2015).

No sistema italiano, há a previsão da *udienza di convalida*, prevista no art. 391 do *Código de Procedura Penale*. No âmbito norte-americano, há a denominada *initial* ou *first appearance hearing*, também intitulada de *bond hearing*, prevista na *Federal Rules of Criminal Procedure* com a seguinte redação: “A person making an arrest within the United States must take the defendant without unnecessary delay before a magistrate judge, or before a state or local judicial officer as *Rule 5(c)* provides, unless a statute provides otherwise” (ESTADOS UNIDOS, 1945, grifo nosso).

Nota-se, portanto, que, embora seja recente a repercussão nacional sobre a matéria, há ampla e consolidada prática das audiências de custódia no mundo. Dessa forma, ainda que sem uma legislação interna, passou-se a adotar, na linha do explanado acima, a obrigatoriedade da condução imediata do preso, seja em razão da insuficiência da simples remessa do auto de prisão em flagrante, seja, principalmente, por força dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil.

1.3 Projeto de Lei iniciado no Senado nº 554/2011

Nesse contexto, houve, ainda em 2011, a apresentação de projeto de lei no Senado Federal para regulamentar a matéria. Trata-se do PLS nº 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, o qual determina o prazo de vinte e quatro horas

para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

Há justa polêmica a respeito do exíguo prazo de 24 horas para a imediata apresentação. A respeito, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP emitiu nota técnica de nº 04/2014/CONAMP, assim ementada:

Ementa: - Processo penal audiência de custódia-brasil como signatário de convenções internacionais - direito do preso de ter acesso a um juiz “sem demora”- conceito jurídico a ser discutido conforme a realidade do país- prazo de 24 da efetivação do flagrante inexecutável - carência de magistrados, promotores e defensores públicos em todo o país – dificuldade de reunião de todos os atores no mesmo ato – necessária presença do preso e de agentes de custódia- prazo incompatível com a realidade brasileira- inviabilidade de uso de um prazo de 24 horas de análise meramente documental, como ocorre hoje, e apenas pelo magistrado, para uma audiência com juiz, promotor, defensor, preso e agentes de custódia - prazo de 03 ou 05 dias úteis (“*working days*”) como alternativas mais factíveis - risco de soltura em massa de presos pela impossibilidade de realização de audiência em tão exíguo prazo necessidade de, assim como ocorre no peru, de aperfeiçoar a proposta, aumentando os prazos para realização de audiência de custódia em crimes mais graves, como os crimes hediondos, sob pena de soltura de presos perigosos - possibilidade de oferecimento de medidas despenalizadoras na audiência de custódia-limitações à decretação de prisão preventiva *ex officio* pela autoridade judicial e de pedido de conversão em flagrante em preventiva pela autoridade policial- indevida exclusão ou autuação em apartado do termo de audiência de custódia dos autos e impossibilidade de uso como prova- possível ofensa a direitos do próprio preso - medida injustificada - necessidade de maior e mais ampla discussão sistêmica. Projeto de Lei de alteração da Lei n. 11.343/06 (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2014).

Do teor, verifica-se o questionamento a respeito do caráter factível do prazo de 24 horas, sobretudo diante da extensão territorial do Estado brasileiro, bem como em razão de limitações enfrentadas pelos diversos operadores do direito no país. Observa-se ainda, de acordo com a nota, que o termo “sem demora” é interpretado de diferentes modos e, nos termos dos julgados da CIDH, pode ser compreendido como “poucos dias”, conforme o caso.

A preocupação merece, de fato, atenção. Com efeito, o prazo de apresentação é bastante variável nos diversos países, sendo de 6h na Argentina, 72h na Espanha, passando por 24h no Chile, 36h na Colômbia e 48h no Peru, no México e nos Estados Unidos (MAGISTRADOS..., 2015).

A proposta originária apenas alterava a redação do §1º do art. 306 do Código de Processo Penal, instituindo a necessidade de condução à presença do juiz competente da pessoa presa no prazo de 24 horas. Referido dispositivo passaria a ter a seguinte redação:

Art. 1º O § 1o do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 306 [...]

§ 1o No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública (BRASIL, 1941).

Uma leitura prefacial permite concluir que a alteração apenas visava a substituir a simples remessa do auto de prisão

em flagrante pela efetiva apresentação do custodiado ao juiz competente. Ocorre que uma série de emendas foram apresentadas, restando consolidado para votação em plenário o substitutivo apresentado pelo Senador Humberto Costa. Por não ser objeto do presente trabalho, não serão tecidas maiores considerações a respeito da tramitação do projeto de lei, cabendo referir apenas que, considerando as dificuldades operacionais que envolvem a apresentação do preso, a redação final do projeto de lei trouxe a permissão de prorrogação do prazo para 72h, mediante decisão fundamentada, além de autorizar a utilização do sistema de videoconferência.

Não obstante, cabe citar que o projeto teve início na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Casa (CCJ) com a relatoria do Senador Randolfe Rodrigues, que apresentou substitutivo ampliando, de forma significativa, a discussão da matéria. Após a aprovação de requerimento, a matéria foi encaminhada à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH). Já na CDH, o substitutivo do Senador Randolfe Rodrigues foi aprovado com a seguinte redação:

Art. 306.

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da

defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310.

§ 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código (BRASIL, 2011).

A redação sugerida, percebe-se, vai muito além da proposta originária, trazendo aspectos que desbordam da simples apresentação do custodiado em audiência. O parágrafo primeiro traz regramento que simplesmente repete regras já postas e que representa deveres inerentes à função do magistrado. Com exceção da previsão de apresentação do preso ao juiz, não há novidades no dispositivo em questão.

O parágrafo segundo descreve o rito natural de toda e qualquer audiência, primeiro há a manifestação do Ministério Público, na sequência, a da defesa técnica, encerrando-se com a decisão judicial. Ocorre que a redação peca em relação à ordem da oitiva do preso, equívoco que permanece no projeto mesmo após os sucessivos substitutivos. Com efeito, a redação do dispositivo ordena a manifestação do Ministério Público

antes mesmo da oitiva do preso. Como fiscal da ordem jurídica e considerando a relevância dos elementos que poderão ser trazidos pelo custodiado, recomenda-se que a manifestação do Ministério Público seja feita após a oitiva do preso, inclusive sendo facultada ao membro do *Parquet* a realização de perguntas.

Aliás, essa é a sistemática adotada na Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, conforme art. 8º, § 1º e incisos. No mesmo sentido, a Portaria Conjunta nº 101/2015 do TJDF em seu art. 8º, §1º e art. 9º. Nota-se ainda que o Ministério Público, além de requerer a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou a decretação de medidas cautelares diversas da prisão, pode e deve officiar também pelo relaxamento da prisão, caso entenda ser ilegal, ou pela concessão de liberdade provisória sem a fixação de outras medidas cautelares.

A respeito dos parágrafos segundo e terceiro, que guardam maior conexão com o objeto deste estudo, passa-se a análise no tópico seguinte. Importante notar que o texto final aprovado em plenário trouxe algumas alterações na proposta, como a inclusão de novos parágrafos, que transferiu a redação dos parágrafos segundo e terceiro para os parágrafos sexto e sétimo, sem, no entanto, alterar a redação do texto.

2 Da possibilidade de utilização dos elementos colhidos como prova

Como já abordado no capítulo antecedente, a implementação das audiências de custódia representa um grande passo na direção

de uma política de encarceramento mais lógica e justa. Os desafios, como visto, são enormes, mas não se pode tirar de vista a necessária revisão de todo o sistema prisional brasileiro.

O processo de regulamentação interna de dispositivos exige atenção especial, sobretudo no tocante ao tratamento que deverá ser dado à ritualística da audiência, bem como ao termo de oitiva colhido.

2.1 Finalidade da audiência de custódia

É entendimento assente a natureza excepcional das prisões no processo penal, seja em decorrência do próprio princípio da presunção da inocência, em sua vertente como regra de tratamento interna ao processo (FERRAJOLI, 2010), seja em razão da importante reforma trazida pela Lei 12.403/2011, que acabou com a bipolaridade cautelar do sistema (CRUZ, 2011).

A despeito disso, verifica-se que a prisão provisória no Brasil ainda constitui uma dura realidade, sendo por vezes utilizada como uma típica antecipação de pena (PRUDENTE, 2015). Como bem asseverado pela doutrina, há uma transferência da resposta penal para as prisões, o que vem a substituir a sentença condenatória, que seria o mais natural (CRUZ, 2011). Nesse contexto, o contato direto com o custodiado proporcionará uma avaliação, além de mais rápida, mais próxima e, porque não dizer, mais justa. Exatamente nesse momento, o preso terá a oportunidade de informar como se deu a sua prisão, em que

circunstâncias, e qual o tratamento dispensado pelos responsáveis pela prisão, inclusive quanto à eventual alegação de tortura.

Além da garantia do respeito à integridade física e moral dos custodiados, verifica-se que a apresentação do preso consolida o direito de acesso à Justiça, ao devido processo legal e garante a ampla defesa, que devem ser prestigiados, na medida do possível, desde o início da persecução penal (LEWANDOWSKI, 2015).

Dada a amplitude das questões indagadas e a possibilidade de livre narrativa do preso, chega-se à rápida conclusão de que muitos pontos que guardam relação com a investigação ou com a eventual ação penal serão tocados. De fato, não é a audiência de apresentação o momento adequado para indagações de cunho investigatório, nesse aspecto não há o que se discutir. O escopo do modelo adotado é completamente distinto. Porém, não se pode negar que há fatos abordados que detêm especial relevância e não podem ser simplesmente ignorados.

A essência do interrogatório, conforme a doutrina moderna (GRINOVER, 2005), é proporcionar o amplo exercício do direito de autodefesa. Antes das reformas aprovadas quanto aos procedimentos processuais penais, a doutrina já verificava que o fato da colheita do interrogatório ocorrer no início do processo mitigava, ainda que em parte, a natureza defensiva do ato, uma vez que o réu não tomava conhecimento dos fatos que pesam contra si (CARVALHO, 2004). Exatamente por isso, sucessivas reformas buscaram torná-lo o último ato do processo, embora seja considerado constitucional o rito da Lei de Drogas, no qual

o interrogatório precede os demais atos processuais, conforme entendimento assente no Supremo Tribunal Federal⁵.

Assim sendo, verifica-se que a audiência de custódia é prática que homenageia as garantias do réu, ato judicial realizado na presença da defesa técnica e do membro do Ministério Público. Tal ato possui amplo valor probatório, seja a favor, seja contra o próprio custodiado, uma vez que o nosso sistema não admite a total irresponsabilidade do réu no momento do seu interrogatório.

Embora não tenha o dever de dizer a verdade, as palavras colhidas devem ser não só valoradas para o fim de avaliação da necessidade da custódia cautelar, mas também para eventuais desdobramentos exteriores à audiência de custódia.

A questão envolvendo o suposto direito de mentir é bastante tormentosa, havendo correntes que defendem o direito de mentir sem qualquer restrição (SANTOS, 2015). Não é esse, porém, o melhor pensamento sobre o tema. O exercício do suposto direito de mentir não pode respaldar a prática de crimes⁶. Assim, a doutrina passa a defender a ideia de inexigibilidade de dizer a verdade ou a tolerância à mentira como uma decorrência do direito ao silêncio (LIMA, 2011). Desse modo, não cabe ao interrogado

⁵ HC 125094 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX. Primeira Turma, julgado em 10/02/2015. ARE 823822 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014; HC 122229, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014

⁶ Súmula 522, STJ - A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa (Súmula 522, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2015, DJe 06/04/2015).

imputar falsamente crime a outrem, tampouco assumir a prática de crime do qual não foi autor. O assunto é instigante e merece ser estudado com maior profundidade em momento distinto, a fim de não desviar o foco do presente artigo.

2.2 Restrições quanto à oitiva do custodiado: sobre a possibilidade de utilização da oitiva do custodiado como meio de prova

Questão preliminar que deve ser enfrentada, mesmo considerando a ampla discussão e complexidade do tema, é a exata compreensão do que consiste elemento de prova, meio de prova e instrumento de prova. Seguindo uma estrutura analítica do tema (SILVA, 2006), elemento de prova constitui aquilo que está na realidade objetiva, qualquer fato, coisa ou pessoa existente na *facticidade*. Isoladamente não possui relevância, posto que necessita de ser apreendido por um meio de prova lícito e legal para ingresso nos autos por um instrumento de prova, passando, assim, a ser idôneo para a formação da decisão.

Do exposto, verifica-se que meio de prova é instituto que regulamenta o modo de obtenção dos elementos de prova, é responsável pela colheita dos dados da realidade. Após essa colheita ou captação, passa-se à inclusão dela nos autos, materializando-se, de modo gráfico-formal, por exemplo, o que foi obtido (SILVA, 2006). Exemplo é o termo de interrogatório ou, no caso em apreço, o termo de oitiva do custodiado.

Nos termos do atual Código de Processo Penal (art. 155, *caput*), o juiz deve formar sua convicção livremente, cabendo,

no entanto, valorar a prova produzida com contraditório judicial, vedando-se a fundamentação exclusiva nos elementos de informação colhidos na fase investigatória, com exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Do texto, nota-se, inicialmente, a necessidade de contraditório para a qualificação das informações como prova. Verifica-se, ainda, que não está vedada a utilização dos elementos informativos de investigação, desde que, para fins de fundamentação decisória que exige juízo de certeza, esteja em conjunto com a garantia fundamental do contraditório (GOMES FILHO, 2009).

Chega-se à conclusão, portanto, de que “Só são provas, assim, no sentido processual, os dados objetivos de informação introduzidos em procedimento em que se assegure a participação daqueles em cuja esfera jurídica a decisão final produzirá efeitos” (GOMES FILHO, 2009, p. 42).

Como visto, o projeto de lei traz diversas limitações quanto ao termo de oitiva do preso. A redação proposta busca apartar o termo de audiência de custódia do processo, vedando sua utilização como meio de prova e limitando as perguntas que serão feitas em juízo. Importante notar que esta proibição permanece no substitutivo aprovado em plenário e que segue para a Câmara dos Deputados.

Verifica-se que o dispositivo tem por escopo separar, de forma estanque, os atos praticados na audiência de apresentação dos atos seguintes, pertinentes à investigação criminal e à eventual ação penal. Dentre as justificativas, tem-se a de que esse ato visa

tão somente à análise da regularidade da prisão, da observância dos direitos do preso e da necessidade de manutenção da custódia cautelar. Desse modo, não é recomendável que se adentre em matérias que digam respeito ao mérito da investigação ou de eventual ação penal.

No caso da audiência de custódia, a oitiva é preambular, não tendo o preso qualquer informação sobre quais provas pesam contra si, quais provas poderão ser produzidas, nem mesmo se será formalmente acusado (AUDIÊNCIA..., 2013). Tal preocupação é totalmente descabida e talvez fruto de uma visão distorcida dos atos pré-processuais.

Merece críticas, desde já, a confusão realizada pelo dispositivo quanto ao objeto das indagações e à proibição de utilizá-lo como prova. Segundo a redação do dispositivo, a oitiva “versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado” (BRASIL, 2011). No mesmo sentido caminham o art. 8º, §2º, da Portaria Conjunta nº 101/2015 do TJDF⁷, bem como o art. 8º, VIII, da Resolução nº 213/2015 do CNJ⁸.

Por outro lado, é extremamente difícil a separação do que diz respeito apenas à configuração do flagrante daquilo que,

⁷ § 2º O Juiz não admitirá perguntas que antecipem a instrução própria de eventual processo de conhecimento.

⁸ VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

eventualmente, toca a própria instrução. Nesse aspecto, a redação do PL parece ser mais adequada, uma vez que não utiliza a fórmula atinente à separação entre perguntas alusivas às circunstâncias da prisão das perguntas cuja finalidade é produzir prova para a investigação ou ação penal.

Conforme dito, muito embora não seja o momento adequado para produção de provas (CRUZ, 2016), eventuais elementos serão colhidos e registrados. Como nesse momento será garantida ao preso a oportunidade de se manifestar, nada mais natural que alguns aspectos atinentes ao próprio mérito de eventual ação penal sejam abordados durante a oitiva. Desse modo, não cabe ao legislador ou ao magistrado restringir a livre narrativa dos fatos.

Verifica-se, ainda, que os autos devem ficar em apartado. No mesmo sentido, assevera o art. 12 da Resolução nº 213/2015 do CNJ⁹. A Portaria Conjunta nº 101/2015 do TJDFt apenas faz referência à remessa ao juízo de natureza criminal competente (art. 11, §2º¹⁰). A providência deve ser interpretada em conjunto com a proibição da valoração do ato como prova. O objetivo, ao que parece, é justamente evitar uma suposta “contaminação” da investigação ou da ação penal, como se os atos realizados na audiência de custódia fossem permeados pela inobservância

⁹ Art. 12. O termo da audiência de custódia será apensado ao inquérito ou à ação penal.

¹⁰ § 2º A ata da audiência, instruída, se for o caso, com mídia, será anexada ao auto de prisão em flagrante, e caberá ao Núcleo de Audiência de Custódia – NAC providenciar o imediato encaminhamento deste ao juízo de natureza criminal competente.

ao direito de defesa ou, quando muito, por arbitrariedades e ilegalidades.

Com a devida vênia, a providência é inócua e não possui base lógica.

A audiência é realizada na presença da defesa técnica, acompanhada pelo membro do Ministério Público e presidida por um membro do Judiciário. Há ampla garantia do direito de defesa, uma vez que ao preso é garantida entrevista pessoal com o seu advogado, o qual poderá realizar perguntas e se manifestar antes da decisão judicial (LOPES JR.; PAIVA, 2014).

Não resta dúvida, por outro lado, que o termo colhido constitui verdadeira prova e como tal deve ser valorada, incidindo o princípio da comunhão das provas, ou seja, pode ser sopesada tanto positiva como negativamente. Nesse ponto, chega-se à absurda conclusão, caso aprovado o PL, de que eventual elemento colhido nesse ato, e que não seja repetido posteriormente no processo, não pode ser valorado de forma positiva em favor do acusado. Cabe ressaltar, aqui, que o texto do PL veda somente a utilização contra o depoente, porém a medida acaba por gerar um desequilíbrio no plano probatório, na medida em que já há regra de distribuição do ônus da prova (art. 156, CPP) norteada, inclusive, pelo princípio da presunção de inocência. Além disso, a diferenciação não encontra amparo lógico, viola o sistema da livre convicção motivada e se assemelha ao tratamento conferido à prova ilícita, conforme adiante demonstrado.

Preocupações envolvendo os métodos de obtenção de prova e os meios de prova, em especial no âmbito criminal, não são novidades no Brasil. A existência de limitações à produção probatória é tema que permeia discussões mesmo antes da Constituição Federal de 1988. É preciso frisar, porém, que limitações à busca da verdade possível somente se justificam na medida em que violem direitos e garantias individuais. Fora dessa seara, constata-se indevido cerceamento de produção e valoração de provas, em afronta ao direito da sociedade de responsabilização daqueles que cometem crimes (GOMES FILHO, 2010).

A Constituição Federal assevera serem inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI), esse deve ser o norte para orientação do legislador ordinário. Com efeito, em nível infraconstitucional, coube ao Código de Processo Penal, após a reforma imposta em 2008, estabelecer que se consideram provas ilícitas “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, assim como as derivadas das ilícitas (art. 157, *caput* e §1º). Assim, chega-se à conclusão de que o conceito de admissibilidade de provas é de cunho processual, feito de forma antecipada pelo legislador, com vistas a impedir a valoração de elementos extraídos de fontes ilegítimas ou meios impróprios.

Como afirma a doutrina, a valoração prévia do legislador pode ter fundamento epistemológico, com a exclusão de provas que podem acarretar erros ao julgador, a exemplo de provas baseadas em reflexões que fogem à pesquisa da verdade. Também pode tomar por base considerações que superam a busca da

verdade, como é o caso de proibição de provas cuja produção importe violações de direitos individuais. Verifica-se, assim, o caráter processual na primeira hipótese e o cunho material no segundo caso (GOMES FILHO, 2009).

Na linha de intelecção dos países que seguem a *commom law*, há a distinção entre *exclusionary rules*, que tomam por base *extrinsic policy* ou *intrinsic policy*. No primeiro caso, afasta-se o ingresso de provas que possuem relevância para a proteção de valores distintos da busca da verdade. Por outro lado, as *exclusionary rules of intrinsic policy* são vistas como regras de exclusão de provas orientadas pelo cuidado de uma correta apuração dos fatos (BADARÓ, 2015).

No caso dos elementos colhidos em audiência de custódia, não se está diante, certamente, de uma *exclusionary rules of intrinsic policy*. Quanto à suposta proteção de valores outros, estranhos à busca da verdade, verifica-se que não há nenhuma violação a direitos individuais no ato da oitiva. Pelo contrário, trata-se de ato realizado no amplo interesse do preso, sendo-lhe garantida a assistência técnica por um profissional do direito, tudo na presença de membros do Ministério Público e do Poder Judiciário.

O Brasil, excepcionado o procedimento do Júri, segue um procedimento normalmente dividido em duas fases, o que é de fundamental importância, pois permite que a sentença considere elementos colhidos na fase investigatória. Por outro lado, nos países cujo procedimento é cindido em três fases, prevalece a regra

de que só é considerada prova aquela produzida na audiência de julgamento. Em ambos os sistemas, dada a dificuldade existente na produção probatória, há permissão de produção de provas antecipadas, leitura de provas já produzidas e possibilidade de testemunhos indiretos de policiais (FERNANDES, 2007).

No Brasil, na Espanha, no Paraguai e no Uruguai, por exemplo, é autorizada a valoração no julgamento dos elementos de convicção colhidos na fase investigatória ou intermediária. Na Espanha, apesar da Corte Constitucional apenas considerar prova aquela produzida na audiência de julgamento, reconhece-se a presunção de autenticidade dos atos de investigação realizados pelo Ministério Público (FERNANDES, 2007).

Mesmo nos países em que há a vedação expressa à utilização no julgamento de elementos colhidos em fase anterior à audiência de instrução e julgamento, a exemplo da Argentina, Costa Rica, Chile, Colômbia e Portugal, há exceções previstas que permitem, ao menos, a leitura de prova anterior para fins de incorporação na audiência de julgamento (FERNANDES, 2007).

Nota-se, nessa linha de raciocínio, que a determinação de exclusão da valoração dos elementos colhidos na audiência de custódia não encontra guarida sequer nos países que vedam a utilização de provas colhidas anteriormente à fase de julgamento. Trata-se de proibição que não encontra supedâneo normativo, fruto de uma visão distorcida do ato judicial.

Dessa forma, esquece-se de que, antes da audiência de custódia, o preso é interrogado na Delegacia de Polícia, assim

como são ouvidos o condutor e as demais testemunhas do flagrante. Esses atos, embora não praticados com observância ao contraditório judicial, podem servir de embasamento para eventual ação penal, bem como podem ser valorados, em conjunto com as provas produzidas ao longo da instrução, para uma condenação judicial (art. 155, CPP).

Repita-se, eventual confissão obtida em sede policial, sem a assistência de advogado, pode ser valorada em eventual sentença condenatória, inclusive gerando circunstância atenuante (art. 65, III, “d”, CP)¹¹.

Mas não é só isso. Vigora no nosso ordenamento jurídico o sistema do livre convencimento motivado, cabendo ao magistrado formar sua convicção a partir de tudo o que foi produzido, desde que justifique racionalmente sua decisão. Nesse aspecto, limitar a apreciação, pelo juiz competente, dos fatos ocorridos em audiência configura frontal violação ao referido sistema, criando no nosso ordenamento fatos e atos que, embora colhidos judicialmente, devem ser desprezados, tal qual uma prova ilícita.

Na lógica da liberdade probatória racionalmente controlada, há a obrigação de o julgador explicitar os fundamentos da conclusão a que chegou, expondo o conteúdo das provas em que se baseou para, assim, estabelecer o raciocínio utilizado para se chegar à decisão (AMORIM, 2010).

¹¹ Nesse sentido, Nota Técnica nº 0.00.000.001622/2014-69, da lavra do Conselheiro Fábio George Cruz da Nóbrega, CNMP.

É importante mencionar, por fim, a relevância da colheita da prova logo após a suposta prática do crime. Nesse contexto, há amplo interesse social na busca da verdade possível no processo.

3 Conclusão

Diante do exposto, é possível concluir que a prática das denominadas audiências de custódia é medida que, embora implementada recentemente, possui arcabouço em pactos assinados pelo Brasil ainda em 1992. Ademais, diversos países possuem regulamentação específica sobre o tema, inclusive no tocante ao prazo para apresentação do custodiado.

No âmbito da CIDH, ressaltam-se diversos julgados a respeito da necessidade da audiência de custódia. Referida Corte já se manifestou sobre a insuficiência da simples remessa do auto de prisão em flagrante, revelando a importância da audiência de custódia como ferramenta de efetivo controle de legalidade e necessidade das prisões.

Além disso, a apresentação do custodiado logo após a prisão em flagrante é fundamental para o controle do respeito aos direitos da pessoa presa, inclusive como medida de prevenção e repressão a abusos e torturas.

A finalidade precípua, portanto, é a avaliação imediata do ato administrativo da prisão, não sendo a audiência de custódia o momento adequado para a produção de provas que importem para a investigação ou eventual ação penal futura.

Não obstante, tendo em vista a possibilidade de livre narrativa por parte do custodiado, invariavelmente surgirão elementos de grande importância para a correta apuração dos fatos, tanto do ponto de vista da defesa, como sob a ótica da responsabilização do preso.

A proibição de produção probatória nos diversos ordenamentos encontra guarida tanto no respeito aos direitos individuais, aspecto que se sobrepõe, em regra, à busca da verdade, como na necessidade de evitar erros de julgamento.

Nesse contexto, não se revela legítima a proibição de valoração dos atos produzidos na audiência, percebe-se que a oitiva do custodiado respeita o contraditório judicial e é realizada em homenagem à ampla defesa, constituindo elemento que pode e deve ser objeto de livre convencimento motivado pelo julgador competente.

Title: First appearance hearing: the possibility of using it as trial evidence.

Abstract: This article's aim is to explore the possibility of using first appearance hearing as evidence. Initially, it explores the first appearance hearing in Brazil, with special attention to the decisive protagonism of the Supreme Court. This paper discusses the legal treatment of detention in flagrante delicto, demonstrating the insufficiency of the mere sending of the detention in flagrante delicto record as a mechanism for overseeing the procedure. Then, it evaluates the importance of international human rights treaties, specifically, the Pact of San Jose, Costa Rica, and the International Covenant on Civil and Political Rights, both incorporated with supralegal status into the Brazilian legal system. As a result, this paper holds that domestic regulation does

not respect the prisoner's rights, emphasizing the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence, the reason why the implementation of first appearance hearing is necessary. The article also explores the Bill no. 554/2011, proposed in the Senate, which prohibits the use of first appearance hearing as evidence. Finally, after analyzing, in comparative law, the concepts and forbiddances for the use of evidence, it is concluded that, despite first appearance appeal not being the adequate moment for the production of evidence, eventual gathered elements may and must be assessed vis-à-vis the lawsuit record altogether.

Keywords: First appearance hearing. Pact of San Jose, Costa Rica. International Covenant on Civil and Political Rights. Evidence. Criminal procedure. Human rights. Bill no. 554/2011.

Referências

AMORIM, Guilherme Freitas. Os controles de racionalidade na valoração da prova no processo penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 36, p. 159–182, jan./mar. 2010.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Nota Técnica nº 4/2014/CONAMP*. 2014. Disponível em: <<http://maxhostel.com.br/atendimento/ampem/ampemnews/NT-CONAMP-27022015.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

AUDIÊNCIA de custódia: o que é e porque é necessária. *Informativo Rede Justiça Criminal*, São Paulo, n. 5, ano 3, 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: KHALED JUNIOR, Salah H. (Coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011*. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115/pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 15 jun. 2016.

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. Procuradoria Geral da República. *Parecer nº 139.937/2015-AsJConst/SAJ/PGR, de 21 de julho de 2015*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240*. Brasília, DF, 20 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 15 jun. 2016

CARVALHO, José Theodoro Corrêa. As inovações no interrogatório no processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 93, n. 828, p. 89-107, out. 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Recomendação nº 28*, de 22 de setembro de 2015. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cnmp.gov.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/Recomendao%20n%2028-2015.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 14 jun. de 2016.

COUTINHO, Jacinto Teles. Audiência de custódia: garantia do Direito Internacional Público. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 98-104, ago./set. 2015.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRUZ, Rogerio Schietti. Audiências de custódia vão contribuir para a redução da tortura. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 jan. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-11/rogerio-schietti-cruz-audiencias-custodia-reducao-tortura>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Portaria Conjunta nº 101, de 7 de outubro de 2015*. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2015/portaria-conjunta-101-de-30-09-2015>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

ESTADOS UNIDOS. *Federal rules of criminal procedure*. 1945. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. Prova e sucedâneos da prova no Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 193-236, maio/jun. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, p. 393-410, 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal: Projeto nº 156/2009 do Senado Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, jul./set. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa: Lei n. 10.792/03. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 5, p. 91-99, jan./jun. 2005.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiência de custódia e o direito de defesa. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 67, p. 114-115, ago./set. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. A audiência de custódia e a imediata apresentação de preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 60, jun./jul. 2014.

MAGISTRADOS debatem sobre audiência de custódia.

2015. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/175939185/magistrados-debtem-sobre-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente a cultura do encarceramento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 104, n. 960, p. 77-120, out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 15 jun. 2016.

PINTO, Ronaldo Batista. Audiência de custódia: da indevida equiparação do delegado de polícia ao juiz de direito para fins de audiência de custódia. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 67, ago./set. 2015.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Lições preliminares acerca da audiência de custódia no Brasil. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 16, n. 93, p. 9-31, ago./set. 2015.

SANTOS, Cleopas Isaias. Audiência de garantia: ou sobre o óbvio ululante. *Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 91, p. 76-93, abr./maio 2015.

SILVA, Bruno César Gonçalves da. Da prova no processo penal: lineamentos teóricos. *ADV – Advocacia Dinâmica*: Informativo Semanal, Rio de Janeiro, ano 26, p. 152-155, fev. 2006.

STF determina realização de audiências de custódia e descontingenciamento do fundo penitenciário. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

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

CARVALHO NETO, Ruy Reis. Audiência de custódia: possibilidade de utilização da oitiva do conduzido como meio de prova. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 89-126, 2019. Anual.

Submissão: 11/7/2017.

Aceite: 17/8/2017.

Ouidoria como instância de governança no setor público¹

Rose Meire Cyrillo

Promotora de Justiça, titular da 4ª Promotoria de Justiça de Entorpecentes do Distrito Federal e Ouvidora do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestrado em Direito - Universidade Federal de Pernambuco (2002). Especialização em Direito Processual Civil – Universidade Federal de Santa Catarina (2005). Graduação em Direito – Universidade de Guarulhos (1992). Graduação em Letras – Português/Inglês – Universidade de Guarulhos (1983).

Resumo: O presente artigo busca correlacionar a instância da Ouvidoria, enquanto espaço de interação entre o Estado e os demais atores sociais, aos pressupostos da governança democrática, com enfoque maior nos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e nas dimensões da transparência, da responsabilização (ou *accountability* administrativo) e dos resultados (*accountability* de desempenho). Tais princípios devem permear os processos de gestão da coisa pública, de forma a repercutir na melhora da qualidade do serviço público prestado ao cidadão, o qual passa a ser não só destinatário do agir estatal, mas também partícipe e coautor das ações e das políticas públicas.

Palavras-chave: Ouvidoria. Governança. Transparência. *Accountability*. Administração pública. Democracia participativa.

Sumário: Introdução. 1 Ouvidoria pública e suas dimensões. 2 Ouvidoria e os princípios que regem a Administração Pública. 3 Boa governança e governança democrática. 4 Ouvidoria como instância de governança no setor público. 5 Considerações finais. Referências.

¹ Artigo escrito em homenagem póstuma a Renato Sócrates Gomes Pinto, Procurador de Justiça e idealizador da Ouvidoria do MPDFT.

Introdução

Há na atualidade uma mudança de paradigma no que concerne ao papel da ouvidoria na construção de uma gestão administrativa eficiente. Antes concebida como mero órgão recebedor de reclamações do cidadão, essa instância passou a absorver uma gama de atribuições que lhe conferiram um protagonismo sem igual na modernização do agir estatal, na configuração das funcionalidades de seus aparatos burocráticos e na qualidade dos serviços prestados pelos seus agentes, a partir do momento que envolve o cidadão nesse processo de abertura e de legitimação das decisões tomadas pelas instâncias superiores.

Para adequar-se às necessidades de uma agenda baseada em vetores próprios do Estado Democrático de Direito, fulcrada nos ideais de globalização da economia e da boa governança, a máquina estatal viu-se compelida a abandonar antigos modelos de gestão (marcadamente herméticos e autopoieticos, saberes quase inacessíveis para o cidadão comum, o que gerava uma assimetria informacional) para adotar mecanismos que contemplassem a participação efetiva de todos os atores sociais nas decisões governamentais, como forma de assegurar o desenvolvimento da capacidade humana e institucional através da melhoria da qualidade do serviço público e da transparência dos atos de gestão.

É nesse cenário forjado pela busca da eficiência e da efetividade na prestação de serviços públicos que o presente artigo desenvolver-se-á. Será dada ênfase na transparência das ações do governo e na acessibilidade dos usuários às instâncias decisórias.

Essas ações fazem com que o cidadão exerça diretamente o controle social dos atos da administração pública, fiscalize o uso de verbas, opine na elaboração de políticas públicas e monitore a execução delas, num *approach* que tem nas ouvidorias públicas a consolidação de um mecanismo de boa governança e de consecução dos princípios da democracia participativa.

1 Ouvidoria pública e suas dimensões

Embora inicialmente concebida como órgão de comunicação e estreitamento das relações entre o cidadão e o Estado, alargando os espaços democráticos de participação dos atores sociais nos meandros da gestão da máquina pública, a ouvidoria foi assumindo outras perspectivas, além da prevista na Carta Cidadã de 1988, no artigo 37, § 3º, incs. I, II e III, *in verbis*:

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

Formatada como canal de diálogo direto das instituições com o cidadão, a ouvidoria consolidou-se como ferramenta essencial à construção da cidadania, a partir do momento em que formaliza as demandas da sociedade e, por meio dessa escuta, contribui para o

aperfeiçoamento dos serviços públicos prestados e, de igual sorte, para o fortalecimento das instituições (CYRILLO, 2015, p. 201).

Ato contínuo desse processo dialógico de ouvir constante, uma outra dimensão do trabalho realizado no âmbito da ouvidoria se sobressai: a transformação das manifestações do cidadão em indicadores aptos a subsidiar a tomada de decisões pelos gestores.

Nesse viés, a ouvidoria tem se mostrado uma área de grande importância estratégica dentro das instituições, no momento em que transforma *inputs* em indicadores que podem balizar ações direcionadas sobre as questões colocadas em evidência nas demandas dos cidadãos, as quais terão maior impacto e projeção de resultados sobre a estrutura social.

Assim, o planejamento estratégico das ações governativas não pode dispensar os direcionamentos colhidos do sistema da ouvidoria, os quais permitem aos gestores um olhar pontual sobre os anseios sociais, auxiliando-os na tarefa de redirecionar políticas, eliminar falhas, mudar processos e procedimentos. Administrar com essa perspectiva favorece uma gestão flexível e voltada para a satisfação das necessidades do cidadão, permitindo que ele se manifeste e, dessa forma, participe do processo e realize um controle social sobre as políticas e os serviços prestados.

Outro ângulo de análise da atuação da ouvidoria diz respeito ao fato de esse mecanismo de integração e de comunicação entre o cidadão e o Estado, e entre os servidores da instituição e a administração superior, favorecer o manejo dos conflitos existentes e a prevenção dos potenciais (CYRILLO, 2016).

Por essa ótica, a escuta praticada em ambiente de ouvidoria favorece a cultura do diálogo e da pacificação de conflitos, quer em relação ao público externo, quer quanto ao interno, contribuindo para a restauração de vínculos e de relações sociais e/ou funcionais, atuando na desconstrução do conflito e estimulando os indivíduos a construir soluções de benefício mútuo.

Sobre o tema, Robson Baesso (2013) afirma que:

Em 2012, as ouvidorias públicas ganharam proeminência e responsabilidades durante a implementação da Lei 12.527/2011 – a Lei do Acesso à Informação (LAI), em sintonia com a tendência à ampliação da transparência e da participação do cidadão no Estado democrático de direito. Na mesma linha, também a partir de 2012, muitas dessas ouvidorias tornaram-se interlocutoras das suas entidades no âmbito da Parceria para o Governo Aberto – Open Government Partnership (OGP). Essa iniciativa multilateral internacional busca aumentar a disponibilidade de informações sobre as atividades governamentais, estimular a participação da sociedade civil, alcançar os mais altos padrões de integridade profissional na administração pública e fomentar o desenvolvimento de novas tecnologias para tornar os governos mais transparentes, efetivos e responsáveis. (OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP, 2011 apud BAESSO, 2013).

Constata-se assim que as dimensões acima referidas conferem à ouvidoria um feixe de atribuições que levam em conta a sua natureza dialógica e bipartida, já que ela é a voz do cidadão dentro da organização e parte de um processo social cujos resultados refletirão o nível de alinhamento das ações da instituição em relação aos interesses da sociedade.

2 Ouvidoria e os princípios que regem a Administração Pública

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, determina que a Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Na consecução desse desiderato, prevê a Carta Cidadã a participação direta do cidadão no controle dos atos administrativos, *in verbis*:

Art. 37

[...]

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

A ouvidoria pública é uma das formas de inclusão do cidadão na esfera do agir estatal e um importante instrumento de concretização dos princípios que regem a Administração Pública, a fim de que tais preceitos – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – se tornem, efetivamente, balizadores das ações governativas, de modo a repercutir positivamente na prestação de serviços públicos.

A cada vez que uma demanda envolvendo ilegalidades e abusos na prática de determinado ato administrativo ingressa no sistema de ouvidoria, a manifestação é encaminhada para apuração junto aos respectivos órgãos de execução, o que tem contribuído não só para o combate a desvios e a atos de corrupção na seara pública, como também para inibir comportamentos similares no futuro.

Por outro prisma, ao assegurar uma maior transparência dos atos de governo, a ouvidoria estimula, além da participação cidadã, a moralidade e a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, propiciando a avaliação de desempenho de seus servidores e sua interação com a comunidade local, práticas que consolidam uma boa gestão.

3 Boa governança e governança democrática

Inicialmente, importa destacar que o termo “governança” passou a ser utilizado no final dos anos 80, mais especificamente no âmbito do setor privado, num contexto relacionado a escândalos financeiros, contudo, alguns órgãos internacionais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Comitê do Setor Público (PSC) da Federação Internacional de Contadores (IFAC), estenderam e adaptaram seus princípios e recomendações de práticas a entidades do setor público (CAVALCANTE; LUCA, 2013).

Da lição de Massuanganhe e Corralo extrai-se “a mais acabada conceituação de governança, forjada em 1992, pelo

Banco Mundial: ‘governance is defined as the manner which power is exercised in the management of a country’s economic and social’”² (WORLD BANK, 1992 apud MASSUANGANHE; CORRALO, 2014, p. 7).

Para os autores, essa definição leva em conta quem exerce esse poder, a forma que esse poder é exercido no tocante à gestão dos recursos econômicos e sociais do país e a articulação dos agentes e instâncias do poder com os demais atores sociais e econômicos, em prol do desenvolvimento.

Transpostas para a esfera pública, as bases da boa governança estão construídas sobre os pilares da transparência, da integridade e da responsabilidade de prestação de contas (*accountability*). Mais especificamente, a dimensão da transparência envolve o dever de dar publicidade a todos os atos da administração e o reconhecimento do direito de acesso à informação ao cidadão. A integridade traz ínsita a ideia de existência de um arcabouço legal que normatize a atividade estatal de forma clara e segura. Por fim, a responsabilidade de prestar contas, ou *accountability*, diz respeito à possibilidade de controlar os atos e de cobrar a responsabilidade/prestação de contas dos agentes públicos.

Nessa linha, salientam Massuanganhe e Corralo (2014):

O conceito de boa governança implica uma orientação de um Estado que progressivamente aumenta a confiança das pessoas no seu governo, a medida em que, através dos mecanismos

² Tradução livre: Governança é definida como a forma como o poder é exercido no tocante à gestão dos recursos econômicos e sociais de um país, com vistas ao desenvolvimento.

de participação, os atores locais têm o conhecimento real dos programas, planos e limitações, mas que também participam na governação e na provisão de serviços públicos, tendentes a melhorar a eficácia e a eficiência dos governos. (MASSUANGANHE; CORRALO, 2014, p. 9).

No contexto brasileiro, a Instrução Normativa Conjunta nº 1/2016, do Ministério do Planejamento e da Controladoria Geral da União, que dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo federal, em seu artigo 2º, traz as definições de *accountability*, governança e governança no setor público, *in verbis*:

Art. 2º Para fins desta Instrução Normativa, considera-se:

I – *accountability*: conjunto de procedimentos adotados pelas organizações públicas e pelos indivíduos que as integram que evidenciam sua responsabilidade por decisões tomadas e ações implementadas, incluindo a salvaguarda de recursos públicos, a imparcialidade e o desempenho das organizações;

[...]

VIII – governança: combinação de processos e estruturas implantadas pela alta administração, para informar, dirigir, administrar e monitorar as atividades da organização, com o intuito de alcançar os seus objetivos;

IX – governança no setor público: compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade. (BRASIL, 2016).

Já por governança democrática compreendem-se as práticas e ações governativas baseadas na inclusão, na representatividade e na gestão pública transparente com envolvimento do cidadão, com a conseqüente criação de um cenário favorável para o crescimento econômico e efetivo funcionamento dos serviços

públicos, tudo em consonância com os direitos fundamentais da pessoa humana.

Dessa forma, a boa governança, que pressupõe uma governança democrática, leva, conseqüentemente, à existência de espaços de interação entre governo e sociedade, oportunizando ao cidadão ser coautor das ações estatais e não mero destinatário. A ouvidoria é essencialmente essa instância de diálogo e de comunicação entre Administração e administrado.

Nesse cenário, a ouvidoria pública vem consolidando sua importante missão de assegurar que as demandas dos cidadãos, por mais simples que possam parecer, sejam tratadas de forma rápida, transparente e efetiva, de modo a ampliar sua percepção sobre seu papel no processo democrático.

4 Ouvidoria como instância de governança no setor público

Na atualidade, a ideia de gestão democrática e eficiente não pode ser concebida apartada de ferramentas de diálogo entre a sociedade e os integrantes das estruturas do Estado, de forma que essa abertura propicie, ao mesmo tempo, uma maior participação do cidadão nas ações governativas e a legitimação desse processo, dando consistência ao exercício do poder.

Consoante lição de Jim Pellettier e Vincent Tophoff (2016), boas práticas internas colaboram para a boa governança no setor público, entre elas, a abertura/transparência das atividades e o diálogo com os usuários dos serviços, por meio da criação de

canais de comunicação acessíveis e confiáveis que envolvam todos os públicos e partes interessadas:

Ensuring openness and comprehensive stakeholder engagement - As public sector entities are established and run for the public good, their governing bodies should ensure openness in their activities. Clear, trusted channels of communication and consultation should be used to engage effectively with all groups of stakeholders, such as individual citizens and service users, as well as institutional stakeholders. (PELLETTIER; TOPHOFF, 2016).

Na esteira do acima pontuado, tem-se que, por sua natureza comunicacional e dialógica, é a ouvidoria esse canal confiável e de fácil acesso aos usuários dos serviços públicos, ambiente privilegiado para abarcar as falas dos mais variados setores, internos ou externos aos organismos, e transformá-las em ações concretas, aptas a diminuir o hiato entre o cidadão e o governo.

Assim, a instituição que mantém uma estrutura de ouvidoria revela não só um compromisso de respeito para com o cidadão, a partir do momento em que leva em consideração o que foi por ele dito, mas também, e acima de tudo, deixa claro que, ao manter um mecanismo permanente de escuta e de prestação de contas de suas próprias atividades, está em constante evolução e comprometida em prestar um serviço de qualidade.

Nesta perspectiva, a existência de uma ouvidoria atuante é um excelente medidor das práticas de boa governança adotadas pela instituição, além de contribuir diretamente na prestação de serviços públicos mais eficientes e responsivos, circunstâncias

que influem na legitimidade e na credibilidade da organização perante a sociedade.

Desta forma, o impasse atual não mais diz respeito à instituição das ouvidorias ou à determinação de suas funções, mas sim à sua operacionalização, especialmente em relação às questões ligadas à governança democrática.

Esse espaço democrático de controle social da Administração Pública vem ao encontro dos novos paradigmas sobre o funcionamento do Estado, cujos valores são orientados para a eficiência da prestação do serviço público, centrado na democracia. Porém, para que as ouvidorias públicas cumpram seu papel de zelar pelo funcionamento adequado das instituições democráticas, é preciso que tenham autonomia e *accountability*.

Dito de outro modo, para que as ouvidorias públicas cumpram com eficiência as suas atribuições é necessário ater-se à defesa do cidadão e ao controle da Administração Pública, missões que passam pela forma de escolha do ouvidor e de definição de suas atribuições.

Sobre esse tema, Serra, Carvalho e Carneiro (2012) sustentam que:

Precisar os limites da atuação do ouvidor e da sua equipe e estabelecer os filtros, políticos ou técnicos, aos quais se submeterão as manifestações recebidas pela ouvidoria; as formas de acesso para comunicação do cidadão; o grau de facilidade ou dificuldade para o acesso do cidadão que pretenda efetuar denúncia; o caráter de autonomia ou independência que as ouvidorias deterão em relação ao comando dos órgãos ou entidades aos quais pertençam. Tudo isso reflete no desenho institucional da ouvidoria e, por consequência, a caracteriza.

O resultado das escolhas feitas evidenciará um modelo de ouvidoria que propiciará condições para o fortalecimento ou para a fragilização do processo de accountability democrática a ser por ela desempenhado. (SERRA; CARVALHO; CARNEIRO, 2012, p. 148).

Resta evidente que a ouvidoria propicia uma conexão direta entre a sociedade e os gestores públicos e atua como instrumento de controle social dos atos da administração, contribuindo para uma gestão mais eficiente e eficaz, ampliando a fiscalização e o controle sobre o arcabouço estatal e os seus agentes e dando corpo à soberania popular que informa o regime democrático.

5 Considerações finais

O modelo de gestão do setor público brasileiro há tempos vem sofrendo influências advindas da abertura das estruturas de Estado à dita política globalizada e, nesse desiderato, vários ajustes foram necessários para que a máquina estatal se alinhasse a esse novo contexto, com estratégias definidas e forjadas a partir da criação de controles e de canais que garantissem a transparência das ações governamentais e a interlocução com a sociedade.

Nesse cenário, a ouvidoria é a concretização de uma boa prática de governança democrática, uma vez que atua diretamente nessa busca constante pela excelência na prestação de serviços, com a otimização das ações nas áreas funcionais e no processo de tomada de decisões, a partir dos *inputs* que são inseridos em seu sistema pelo cidadão.

Não há como retroceder na formatação de uma gestão pública preocupada em reduzir o abismo entre o desempenho do

governo e as necessidades do cidadão e que inaugura um novo modo de interagir com os atores sociais, chamando-os a serem coautores das ações estatais, não mais meros destinatários delas.

Nessa perspectiva, a atuação das ouvidorias propicia a expansão do espaço democrático no momento que concretiza a abertura do aparato estatal para nele inserir o cidadão, ampliando assim o conceito de legitimidade das instituições e de seus agentes para além dos parâmetros legais, para incluir, nessa percepção, a efetividade e o desempenho desse agir em prol da coletividade.

Title: Ombudsman as a governance level in the public sector

Abstract: This article seeks to correlate the role of the Ombudsman, as a space for interaction between the State and the other social actors, and the prerequisites of democratic governance, with a greater focus on the constitutional principles governing public administration and on the dimensions of transparency, accountability (or administrative *accountability*) and results (*accountability* of performance). Such principles must permeate the processes of public management in order to have repercussion on the improvement of the public service quality provided to the citizen, who becomes not only a recipient of state action but also a participant and a co-author of actions and public policies.

Keywords: Ombudsman. Governance. Transparency. Accountability. Public administration. Participatory democracy.

Referências

BAESSO, Rafael de Souza. Ouvidorias: mecanismos singulares de governança. In: ENCONTRO DA ANPAD, 37., 2013, Rio de Janeiro. *Anais eletrônicos...* Rio de Janeiro: ANPAD, 2013.

Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2013_EnANPAD_APB464.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.

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

BRASIL. *Instrução Normativa Conjunta MP/CGU n° 1, de 2016*. Dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo Federal. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_mpog_01_2016.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2017.

CAVALCANTE, Mônica Clark Nunes; LUCA, Márcia Martins Mendes de. Controladoria como instrumento de governança no setor público. *Revista de Educação e Pesquisa em Contabilidade*, v. 7, n. 1, p. 73-90, 2013. Disponível em: <<http://www.spell.org.br/documentos/ver/17909/controladoria-como-instrumento-de-governanca-no-setor-publico>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

CYRILLO, Rose Meire. Ouvidoria: um aporte necessário. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, n. 9, p. 193-211, 2015.

CYRILLO, Rose Meire. *Ouvidoria: uma proposta de diálogo e de manejo de conflitos*. Brasília, set. 2016. Disponível em: <<http://www.cnomp.com.br/noticia/ouvidoria-uma-proposta-de-dialogo-e-de-manejo-de-conflitos/132>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

MASSUANGANHE, Israel Jacob; CORRALO, Giovani da Silva. Governança democrática e desenvolvimento local: uma perspectiva comparada das políticas locais do Brasil e Angola. *Revista Justiça do Direito*, v. 28, n. 1, p. 5-24, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/4828/3255>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

PELLETTIER, Jim; TOPHOFF, Vincent. Inspire, implement, assure: how internal auditors can leverage the international framework good governance in the public sector. *IFAC*. oct. 2016. Disponível em: <<http://www.ifac.org/global-knowledge-gateway/governance/discussion/inspire-implement-assure-how-internal-auditors-can>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

SERRA, Rita de Cássia Chió; CARVALHO, João Rafael Chió Serra; CARNEIRO, Ricardo. Accountability democrática e as ouvidorias. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, edição especial, p. 135-153, 2012. Disponível em: <<http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1684.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

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

CYRILLO, Rose Meire. Ouvidoria como instância de governança no setor público. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 127-142, 2019. Anual.

Submissão: 17/4/2017

Accite: 30/9/2017

O ecoar da pena no sistema prisional feminino do Distrito Federal

Davi José dos Santos

3º Sargento do Quadro de Praças Policiais Militares Combatentes - QPPMC da Polícia Militar do Distrito Federal. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Bacharel em Sistemas de Informação pela Faculdade de Negócios e Tecnologias da Informação – FACNET.

Resumo: O presente artigo versa sobre a análise dos impactos da sanção penal sofridos pelas detentas no sistema prisional feminino do Distrito Federal, a Colmeia. Para tanto, necessário se faz um breve retrospecto histórico das penas, passando pela análise criminológica, pelo princípio da dignidade da pessoa humana e as implicações deste fundamento no ordenamento jurídico. O problema do artigo indaga quais são as mazelas indelévels que acometem as mulheres no cárcere. Nota-se que, uma vez encarcerada, a sanção penal imposta não cumpre seu papel ressocializante e não consegue se limitar aos exatos preceitos que foram determinados pela sentença, mas ecoa para diversas áreas da vida da apenada, corroborando para que alguém que adentrou o sistema prisional se torne criminosa contumaz. Observaremos que dentre as adversidades acometidas pelas mulheres no cárcere estão o duro abandono dos familiares e principalmente dos filhos, a desestruturação como mulher, a ausência de estrutura adequada para o gênero feminino. Perceberemos ainda que o sistema prisional do Distrito Federal, que em muito reflete a realidade nacional, é seletista, prefere em suas fileiras mulheres pobres, analfabetas, negras, que se envolveram com o mundo das drogas. Importante seria que medidas distantes do encarceramento de mulheres fossem adotadas tanto para reduzir o número de encarceradas quanto para tornar viável uma possível ressocialização.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Criminologia. Sistema prisional feminino. Discriminação racial e social.

Sumário: Introdução. 1 Breve retrospecto histórico. 1.1 Da reação social. 1.2 Da criminologia crítica. 1.3 Dignidade da pessoa humana. 1.4 Regras de Tóquio. 1.5 Regras de Bangkok. 1.6 O Estatuto da primeira infância. 2 O ecoar da pena no sistema prisional feminino. 2.1 O transbordar da pena. 2.2 Os clientes do sistema prisional. 3 O presídio feminino do Distrito Federal, a Colmeia. 3.1 Raça, cor ou etnia. 3.2 Natureza do tipo penal. 3.3 Faixa etária. 3.4 Nível de escolaridade. 3.5 A pesquisa no presídio feminino do Distrito Federal, a Colmeia. 3.6 As apenadas. 3.7 As mães e seus filhos. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

O presente artigo versa sobre a análise dos impactos da sanção penal sofridos pelas detentas no sistema prisional feminino do Distrito Federal, a Colmeia. Ele se justifica ao analisarmos os aspectos criminológicos e estigmatizantes que corroboram, sem sobra de dúvidas, para o que chamamos de “etiquetamento”, realizado por parte de todo o sistema prisional, bem como pela própria sociedade. Nessa perspectiva, é notório que o limite da sanção penal imposta pelo Poder Judiciário não se circunscreve meramente à pena, mas ecoa para diversas outras áreas da vida da apenada, tornando a sanção determinada muito maior do que deveria realmente ser.

O objeto deste estudo é expor os significados contidos na Criminologia Crítica e na Reação Social, explicando as teorias que sustentam essa interpretação e analisar os acontecimentos da execução da pena na penitenciária feminina do Distrito Federal que contribuíram para o surgimento da aproximação teórica da execução penal com a criminologia. Para isso, necessária é

a revisão bibliográfica, a análise de dados e documentos sobre o tema, tais como: análise dos contextos históricos da pena na evolução da teoria jurídico-penal; a relação dos aspectos de outras ciências criminológicas; a correlação dos aspectos criminológicos para se perquirir as práticas criminais e de controle do crime. Relevante também trazer à luz o estudo criminológico quanto à análise de dados e documentos que estão ligados a práticas criminais na execução da pena na penitenciária feminina.

A abordagem teórica da pesquisa se deu de maneira indutiva a partir de informações específicas, observações de fatos, documentos, dados e da análise da literatura correlacionada à Criminologia Crítica e à Criminologia da Reação Social na busca de inferências sociológicas.

A delimitação do tema é o ecoar da pena no sistema prisional feminino do Distrito Federal e objetiva demonstrar que, de maneira incrivelmente iníqua, há o transbordar da sanção, que deveria se restringir à pessoa da apenada nos exatos marcos estabelecidos pelo poder sancionador, e que termina por estigmatizar de forma perpétua como “ex-presidiária” aquela que o ente estatal deveria tratar. Há reflexos do encarceramento e de todos os seus aspectos nocivos em seus filhos e nos demais familiares da apenada.

Para cumprir esta jornada, faz-se necessário dividir a atividade em três capítulos, sendo eles: teórico, problema e pesquisa, que culminará na conclusão.

No primeiro capítulo faremos uma análise teórica do sistema prisional feminino. Percorreremos a Reação Social e a

Criminologia Crítica. Para tanto, necessário será realizarmos um breve apontamento histórico sobre a evolução das penas. Dentre os autores, visitaremos obrigatoriamente: Cesare Beccaria, que questiona o sistema penal vigente antes da revolução francesa; Lola Aniyar de Castro em seus estudos criminológicos sobre a reação social; Alessandro Baratta em suas análises criminológicas; Zaffaroni em suas teorias do Direito Penal, como o Garantismo; Michael Foucault e seus estudos sobre a evolução das penas. Além dos autores supramencionados, é de relevância *sine qua non* considerarmos o que preveem as Nações Unidas, da qual o Brasil é país signatário em seus documentos: Regras de Tóquio, que estabelecem regras mínimas para a elaboração de penas não privativas de liberdade, em observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; e Regras de Bangkok, que versam sobre o estabelecimento de normas pelas Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas privativas de liberdade para mulheres infratoras.

No segundo capítulo nos debruçaremos sobre o problema que aponta que o cumprimento da sanção penal, longe de trazer uma viável ressocialização, transborda os limites da pena aplicada para diversas áreas, estigmatizando eternamente a apenada. Como se a sanção imposta passasse a integrar sua estrutura genética, não se extinguindo após sua plena execução. E conseqüentemente excedendo os limites estabelecidos pela sentença penal condenatória para muito além do determinado pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo.

Já no terceiro capítulo faremos uma análise documental que robustecerá este artigo. Colheremos dados do Departamento Penitenciário Nacional. Juntamente a eles, traremos as informações obtidas nas pesquisas feitas *in loco* com as apenadas no presídio feminino do Distrito Federal, que proporcionarão a inteligibilidade e a perspectiva da interna distante do ideário imposto pelo Poder Legislativo. O sistema prisional se apresentará seletista.

Concluindo, revisitaremos *en passant* os pontos propostos e faremos uma crítica, que esperamos construtiva, que obviamente não esgotará a questão, nem tem por esse o objetivo, mas que, de outra feita, visa ofertar um pouco de compreensão e direcionar a atenção da sociedade civil e dos Poderes constituídos para o real e intragável problema das mulheres presas no sistema prisional feminino do Distrito Federal, a Colmeia.

1 Breve retrospecto histórico

Quando analisamos o processo de desenvolvimento histórico civilizatório da humanidade, percebemos que sim, evoluímos. Deixamos o modelo absolutista outrora vigente, em que a vontade do rei era inquestionável e ele não respondia por nada e a ninguém. Nessa época, a vida humana era uma concessão real e não um direito adquirido e inalienável. A Constituição Federal brasileira de 1824, à época do primeiro reinado, expressava esses ideais absolutistas, que estavam impregnados no continente europeu, quando em seu art. 99 dizia: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade

alguma”. Percebemos os súditos como objetos da vontade real e não sujeitos de direitos.

Nesse diapasão, a prisão não era um fim em si mesmo, mas um meio de trancafiar o apenado para a sanção penal que viria, fosse ela afitiva, suplício, ou a pena capital. Um exemplo clássico é demonstrado por Foucault, ao abrir seu livro *Vigiar e Punir* com a execução de Damiens, antes precedida de odiosa tortura:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1775], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barriga das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, o óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento (FOUCAULT, 2012, p. 9).

Percebemos que a destruição da pessoa do apenado era um ideal estabelecido pelo poder remoto. Havia algo de utópico que afirmava que alguns delitos afrontavam a própria autoridade do rei, e este deveria vingar-se com o máximo rigor e com todo o seu poder. Não havia nada que visasse a ressocialização e a reinserção do sancionado ao seio da sociedade. As ditas condenações, que no geral eram divididas em pena de morte, não antes da destruição do corpo do condenado, e penas de tortura das formas mais absurdas e irracionais possíveis, eram espetáculos públicos. Os suplícios eram praticamente a regra de todas as sanções e a prisão servia

nada mais do que uma forma de guardar o corpo do condenado para o sofrimento que seria imposto em um momento posterior.

Nesse sentir, ainda no século XVIII, no período iluminista, que culminou na Revolução Francesa e seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, que põe fim ao absolutismo real, Cesare Beccaria (2011) levanta-se contra os poderes vigentes, afrontando diretamente as estruturas concebidas até então sobre penas e delitos. Importa observar que foram contemporâneos a esse período: Voltaire, Rousseau e Montesquieu.

Beccaria (2011) questiona a pena capital, afirmando que ela não se apoia em nenhum direito, pois, se entendemos que a soberania estatal é a soma de fragmentos de liberdade cedidos por cada cidadão, não faria sentido esse mesmo cidadão arriscar a própria existência numa competência atribuída ao Estado. Questiona a necessidade da tortura que poderia facilmente condenar um inocente frágil e inocentar um culpado resistente. Afirma que a aplicação da pena não deveria se distanciar temporalmente do delito para que ela tivesse utilidade. Atesta que ninguém deveria ser considerado culpado sem uma decisão judicial. Assevera que o direito de punir não pertence a nenhum cidadão em particular, mas ao ente criado, o Estado.

Suas ponderações são tão contundentes que podemos estabelecer aí uma fenda temporal que cingiu o passado do presente. A partir dele, a pena não mais seria vista da mesma maneira. São estabelecidos marcos que reestruturaram a sanção penal, influenciando todo o pensamento moderno, entendendo

que ela deveria deixar de ter um caráter de punição, para receber a natureza de sanção. O criminoso não mais seria visto como alguém a ser destruído e destituído da sociedade, mas como uma pessoa que por um instante descumpriu as ideologias do pacto social de Rousseau e, portanto, deveria receber tratamento, pois teria que regressar regenerado ao convívio da sociedade.

1.1 Da reação social

Em profundo estudo realizado pela doutrinadora Lola Aniyar de Castro (1983), intitulado *Criminologia da Reação Social*, são perceptíveis suas concepções que apontam para o fato perturbador de que o crime é algo criado pela própria sociedade, uma vez que não há crime sem lei, e esta norma é definida pelo poder dominante para enquadrar os dominados e perpetuar o poder. Com isso, aqueles que estão encarcerados foram, de certa forma, selecionados para cumprir seu papel à margem da sociedade. Curioso observar que essa dita rotulação, também chamada de etiquetamento, é um caminho, um corredor que à medida que vai sendo transposto, mais difícil torna a ressocialização, e mais identificável com o delito se torna a pessoa. Ela passa a desempenhar um papel que, mesmo que não queira, não tendo por essa sua intenção inicial, acaba por aceitá-lo, reconhecendo-se com o mundo criminoso. Aponta Lola Aniyar de Castro (1983, p. 85) que existem três pontos que se sustentam: a norma penal, a infração e a reação social. Quanto mais norma penal, mais ela será infringida e maior será a reação social, num círculo infinito.

Nesse sentido, observa Lola Aniyar de Castro (1983, p. 84) que a reação social funciona como balizador. Estabelecido um comportamento desviante, tem-se uma reação social, pessoas começam a se identificar com esse comportamento desviante e a se organizar em subgrupos que aumentam conseqüentemente o desvio, tornando maior ainda a reação social, culminando em isolar tais grupos do seio da sociedade, criando marginais em verdadeiras carreiras criminais.

Ressalta a autora que a Criminologia da Reação Social engloba a Criminologia Interacionista e a Criminologia Crítica:

A Criminologia da Reação Social engloba a Criminologia Interacionista (que se interessa em como a sociedade reage diante das condutas, tanto criando normas penais, como reprimindo os atos puníveis, estigmatizando - apontando ou rotulando - os delinquentes) e a Criminologia Crítica ou Radical, pois esta é uma Criminologia que se interessa mais pela reação social (criação de normas penais) do que pela passagem ao ato delitivo. Com efeito, se é a lei que cria a delinquência, o delinquente só interessa de forma secundária (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p. 61).

Essa dita etiqueta é chamada de “profecia autorrealizável”, é como se impregnássemos na pessoa o papel de delinquente que ela deve executar:

O exemplo de Payne é muito ilustrativo: a notícia da falência de um Banco, mesmo infundada, cria um comportamento do público que pode provocar a verdadeira falência como consequência. Como diz Thomas, ‘quando o homem define as situações como reais, elas serão reais em suas consequências’ (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p. 107).

Nesse sentir, se introjetarmos na pessoa características de delinquente, ela acabará por internalizar tais aspectos e, em vez de viabilizarmos uma possível recuperação, sentenciá-la-emos como delinquente incorrigível.

Com essas considerações, é possível perceber que a definição de delito interessa ao grupo dominante e um fato dito criminoso não é visto da mesma maneira pela sociedade a depender de quem é seu autor. Nesse sentido, aponta Lola Aniyar de Castro (1983, p. 100) que “[...] o grau em que um ato será considerado como desviante dependerá por sua vez de quem cometeu o fato e de quem tenha se sentido lesado por este”. Um furto de um mesmo objeto praticado por um Senador da República e por um morador de rua tem pesos absolutamente distintos, muitas vezes classificaríamos o primeiro como cleptomaníaco, já o segundo, como irrecuperável marginal.

1.2 Da criminologia crítica

Corroborando o que já fora exposto, a Criminologia Crítica, que tem em Alessandro Baratta um de seus grandes idealizadores, estuda o fenômeno da criminalidade como criminalização, ou seja, são processos seletivos de comportamentos previamente determinados como criminosos pelas instâncias de poder para sujeitos específicos ditos criminalizados.

Alessandro Baratta (2014) leciona que:

As estatísticas indicam que, nos países de capitalismo avançado, a grande maioria da população carcerária é de extração proletária, em particular, de setores do subproletariado e, portanto, das zonas

sociais já socialmente marginalizadas como exército de reserva pelo sistema de produção capitalista. Por outro lado, a mesma estatística mostra que mais de 80% dos delitos perseguidos nestes países são delitos contra a propriedade. Estes delitos constituem reações individuais e não políticas às contradições típicas do sistema de distribuição de riqueza e das gratificações sociais próprias da sociedade capitalista: é natural que as classes mais desfavorecidas deste sistema de distribuição estejam mais particularmente expostas a esta forma de desvio (BARATTA, 2014, p. 198).

Percebe-se que, a despeito da expansão da criminalidade em todos os estratos sociais, apenas uma pequena parcela, e esta justamente das classes menos favorecidas, é exaustivamente perquirida pelos órgãos de controle. Nessa toada continua Baratta (2014):

Vimos como isto não quer dizer, de modo algum, que o desvio criminal se concentre, efetivamente, na classe proletária e nos delitos contra a propriedade. A mesma criminologia liberal, com as pesquisas sobre a cifra negra, sobre a criminalidade do colarinho branco e sobre a criminalidade política demonstra, ao contrário, que o comportamento criminoso se distribui por todos os grupos sociais, que a nocividade social das formas de criminalidade próprias das classes dominantes e, portanto, amplamente imunes, é muito mais grave do que a de toda a criminalidade realmente perseguida (BARATTA, 2014, p. 198).

Nesse sentido, a Criminologia Crítica entende que há uma dupla seleção, tanto dos bens protegidos pelo Direito Penal, quanto por quem será penalmente estigmatizado. Baratta (2014, p. 164) afirma que existe o “mito da igualdade”, no qual não há na realidade a proteção equânime do direito penal de todos os cidadãos, bem como a lei penal não é igual para todos. Persiste, definindo o Direito Penal como “desigual por excelência”, um “direito burguês”.

É perceptível que existe uma relação de proporção direta que afirma que quanto maior for o distanciamento das classes dominantes, maiores são as possibilidades dessas pessoas serem escolhidas pelo sistema penal. Nesse sentido leciona Baratta (2014):

As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da ‘população criminosa’ aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído (BARATTA, 2014, p. 165).

Esse é o grande ponto de questionamento que traz a Criminologia Crítica ao entender que alguns são bem mais interessantes para o sistema prisional do que outros. Pouco importando que a nocividade dos que não são perseguidos com a mesma sina seja muito maior do que a dos primeiros.

1.3 Dignidade da pessoa humana

Juntamente com a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, a dignidade da pessoa humana encontra-se insculpida na Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil em seu art. 1º. Ela começou a surgir nos ordenamentos jurídicos na Constituição do México (1917) e na Constituição alemã da República de Weimar (1919) (BARROSO, 2014, p. 18).

A Constituição Federal alemã (ALEMANHA, 1949) estipula em seu artigo I: “A dignidade humana deve ser inviolável. Respeitá-la e protegê-la será dever de toda a autoridade estatal”. E continua no mesmo entendimento no artigo II: “Toda pessoa deverá ter direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, na medida em que não viole os direitos de terceiros, nem ofenda a ordem constitucional ou a moralidade”. Relevantíssima é a observação apontada por Luiz Roberto Barroso, na qual entende que o termo inviolável seria melhor traduzido pela palavra intocável:

Nesse documento, a palavra alemã ‘unantastbar’ é traduzida como ‘inviolável’. Todavia, quando se refere aos direitos fundamentais, a Lei Fundamental emprega a palavra ‘unverletzlich’, que também pode ser traduzida como inviolável. Poderia-se sugerir, dessa forma, que uma tradução mais apurada de ‘unantastbar’ seria ‘intocável’, na medida em que a proteção conferida à dignidade humana em si, seria mais forte do que aquela relacionada com os direitos fundamentais (BARROSO, 2014, p. 21).

Barroso (2014) continua assinalando a relevância da dignidade humana para o direito alemão e a necessidade de que todo o ordenamento jurídico olhe para esse princípio como balizador das demais normas:

De acordo com o Tribunal, a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado. Considerada como fundamento de todos os direitos mais básicos, a cláusula da dignidade possui dimensão subjetiva e objetiva, investindo os indivíduos em certos direitos e impondo determinadas prestações positivas para o Estado (BARROSO, 2014, p. 21).

Todavia, quando olhamos para as diversas democracias constitucionais, a conceituação do que é a dignidade da pessoa humana torna-se tarefa tormentosa, ela não é exata. Cada país estabelece seus limites e princípios, sofrendo influência da cultura, da filosofia, da política, da religião. Ela pode ser definida como um valor absoluto, conforme assevera Barroso (2014):

Fica claro que a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições. Na Alemanha, [...], a visão dominante concebe a dignidade como um valor absoluto, que prevalece em qualquer circunstância (BARROSO, 2014, p. 63).

Desta forma, olhando para o princípio da dignidade humana, percebemos que, mesmo encarcerada, a aplicação desse princípio à pessoa nessa condição não pode ser suprimida em nenhuma hipótese. Muito pelo contrário, quando tutelada pelo Estado, este deve ter maior esmero no trato com aquelas que estão momentaneamente tolhidas por penas privativas de liberdade de seu direito de ir e vir.

Partindo do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, diversos outros surgem no intuito de trazer maior solidez e objetividade ao primeiro. Dentre esses princípios, elencamos os que estão presentes na nossa Constituição Federal: vedação à tortura, ao tratamento desumano e degradante; vedação à transposição da pena da pessoa do condenado para terceiro; vedação às penas de caráter cruéis; respeito à integridade física e moral dos presos.

1.4 Regras de Tóquio

As Nações Unidas, absortas na percepção de que o delinquente tratado fora da cadeia tem muito mais possibilidade de ressocialização do que o que foi simplesmente trancafiado por anos a fio, na de que o objetivo final do sistema prisional é a reintegração do infrator ao convívio social, entendendo que a população carcerária aumenta drasticamente chegando a números alarmantes, estabeleceram a Resolução 45/110, que é conhecida como Regras de Tóquio (UNITED NATIONS, 1990), objetivando traçar diretrizes que fossem alternativas eficazes à prisão, a serem implantadas em nível nacional e que mantivessem o pleno respeito à dignidade da pessoa humana.

As Regras de Tóquio formam um somatório de esforços e são fundamentadas primordialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, nas Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a prevenção do crime e o tratamento de delinquentes, na Resolução Oitava do Sexto Congresso das Nações Unidas sobre a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes em alternativas a prisão.

As Nações Unidas admoestam os Estados-Membros a implantarem as Regras de Tóquio em suas políticas e práticas de maneira que elas ganhem abrangência nacional, atingindo de maneira especial policiais, promotores, juízes, advogados, vítimas. Sua difusão é buscada, inclusive, em todos os demais órgãos das Nações Unidas.

Tal resolução objetiva precipuamente estabelecer princípios fundamentais para a utilização de medidas não privativas de liberdade, bem como assegurar garantias mínimas àqueles que estão sujeitos a medidas distintas da prisão. Destarte, o tratamento atualmente dispensado aos que estão à margem da sociedade, os infratores, deve ser repensado por toda a comunidade na gestão da justiça criminal. É imprescindível o encontro de um ponto de equilíbrio entre os direitos individuais tanto dos delinquentes quanto das vítimas. Por conseguinte, a preocupação da sociedade na prevenção do crime e na efetivação da segurança pública, não afastando, por óbvio, as garantias constitucionais e todos os reflexos delas advindos. É imperativo o desenvolvimento de medidas não privativas de liberdade pelos Estados-Membros, visando mitigar o encarceramento como política criminal, não olvidando os princípios basilares dos direitos humanos, a justiça social e a reabilitação do infrator.

Almeja-se a efetivação do princípio da intervenção mínima, com isso, medidas não privativas de liberdade devem ser perquiridas no lugar do sistema convencional de encarceramento. Para tanto, novas medidas não privativas de liberdade devem ser desenvolvidas e incentivadas, mas sempre acompanhadas com muito cuidado por todos os envolvidos.

1.5 Regras de Bangkok

As Nações Unidas, novamente objetivando estabelecer parâmetros para o trato com as prisioneiras e outras medidas

distantes da privação de liberdade para aquelas consideradas delinquentes, publicaram a Resolução 2010/16, as Regras de Bangkok (UNITED NATIONS, 2010).

As Regras de Bangkok foram fundamentadas essencialmente nas regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento dos reclusos, a prevenção do crime e a justiça criminal; na Resolução 58/183, que visa dedicar maior atenção ao tema mulheres nas prisões incluindo seus filhos, perquirindo os problemas basilares delas; na Resolução 61/143, que se destina a buscar medidas efetivas para sanar as causas de violência contra as mulheres; na Resolução 63/241, que enfoca o impacto do encarceramento dos pais tanto neles quanto nas crianças; na Declaração de Viena sobre Crime e Justiça, que se dispõe a elencar necessidades específicas das mulheres encarceradas e na Resolução 10/2 do Conselho de Direitos Humanos, que visa dar maior atenção às mulheres encarceradas. Destinam-se aos responsáveis pelo cumprimento da pena, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário.

As Nações Unidas entendem que as mulheres fazem parte de um grupo mais indefeso da sociedade, devendo, portanto, receber cuidados específicos. Também reconhecem que as unidades prisionais em praticamente todo o planeta foram construídas para homens e de forma adaptada alcançaram as mulheres. Do mesmo modo, afirmam que não é possível a aplicação de todas as Regras de Bangkok para todos os lugares, haja vista a grande variedade de

legislações, sociedades e economias. Elas encorajam os Estados-Membros a buscar alternativas eficientes ao encarceramento.

Em artigo publicado na Pastoral Carcerária¹ (CERNEKA, 2012), são elencados uma série de motivos da necessidade da aplicação das Regras de Bangkok. Segundo o documento, ainda existem mulheres que dão à luz algemadas, muitas crianças são desamparadas quando a mãe está presa, diversas mulheres cumprem pena longe de seus familiares, outras não têm direito de telefonar para os filhos e não recebem visitas, muitas ainda estão em estabelecimentos de segurança máxima quando poderiam responder pelo delito cometido em liberdade, com medidas alternativas ao encarceramento. Em diversos momentos, as mulheres são tratadas como se homens fossem, a despeito de suas necessidades fisiológicas distintas.

1.6 O Estatuto da Primeira Infância

Visando alinhar minimamente os ideais traçados pelas Nações Unidas, foi sancionada a Lei nº 13.257/16, denominada Estatuto da Primeira Infância. Tal legislação modifica, entre outras normas, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Processo Penal (CPP) e é pertinente ao artigo em questão

¹ Pastoral Carcerária é um serviço voluntariado organizado pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB que dentre seus objetivos está a visitação dos presos, trazendo princípios cristãos, acompanhando a situação dos encarcerados, bem como a busca pela conscientização da sociedade pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

porque altera e amplia as possibilidades de substituição da prisão preventiva pela domiciliar (art. 318, CPP).

A redação anterior do inciso IV do artigo 318 do CPP previa essa alternativa em caso de gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo a gestação considerada de alto risco. O novo texto estabelecido pela Lei nº 13.257/16 modifica o inciso IV para qualquer gestante e, com os demais incisos, estende a perspectiva de prisão domiciliar para a mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e para o homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Esta norma objetiva a manutenção da criança no seio familiar, reduzindo os impactos indelévels de um possível afastamento da mãe ou do pai, caso este seja o único responsável pelos cuidados com a criança.

Ela também determina que, já em colheita de provas na fase do inquérito policial, no auto de prisão em flagrante, bem como no interrogatório em sede judicial, a pessoa presa comunique a existência de filhos e as respectivas idades e nomes, se possuem alguma deficiência, e o contato de eventual responsável pelos cuidados deles.

Ao pontuar sobre as modificações trazidas pela Lei 13.257/16, Renato Brasileiro Lima (2017, p. 1026) argumenta que a referida possibilidade de substituição de prisão não deve ser automática, mas analisada de maneira sistêmica, ou seja, se existirem pessoas capazes de cuidar dos filhos, em tese, não haverá razão para o abrandamento do cárcere.

Todavia, em sede do HC 143.641, julgado em 2 de fevereiro de 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, no território nacional, que estejam gestantes, que sejam mães de crianças de até 12 (doze) anos ou que cuidem de pessoas com deficiência. Com tal decisão, afastou-se a ideia de que a mãe é, de alguma forma, substituível por qualquer parente.

2 O ecoar da pena no sistema prisional feminino

No primeiro capítulo passamos por um breve retrospecto histórico da evolução das penas, suas transformações ocorridas no período iluminista, berço da Revolução Francesa. Consideramos a importância de autores como Cesare Beccaria, questionando o absolutismo real. Analisamos, ainda, as teorias da Reação Social e da Criminologia Crítica. Visitamos o princípio da dignidade da pessoa humana com suas ramificações pelo ordenamento jurídico, inclusive na Constituição Federal de 1988, e sua relevância ao adequado cumprimento das penas. Ponderamos, por fim, sobre as Regras de Tóquio e as de Bangkok, bem como sobre o Estatuto da Primeira Infância.

Cada uma dessas teorias criminológicas apontou falibilidade no sistema prisional, ausência da capacidade ressocializante e uma dura realidade estigmatizante da sanção penal. Elas lançaram as bases dos capítulos segundo e terceiro, nos quais perceberemos que a esmagadora maioria das mulheres que estão encarceradas

foram cuidadosamente “selecionadas” pelo ente estatal para cumprir seu papel de excluída da sociedade.

Por seu turno, o segundo capítulo deste artigo tem o objetivo de olhar para a sanção penal imposta, que em tese visa à reprimenda pelo ilícito praticado e à ressocialização da apenada, uma vez que pela letra da lei não existem penas de caráter perpétuo. Dessa feita, a função da pena não é aniquilar a condenada, mas puni-la nos exatos limites impostos pela sentença judicial e trazê-la de volta à sociedade com valores que, possivelmente, não foram recebidos na tenra infância. Entretanto, nosso sistema prisional, longe de corrigir alguém e torná-la melhor, faz exatamente o oposto. Não ressocializa, não dá valores à apenada, destrói tudo o que está à sua volta, torna a sancionada infinitamente pior do que quando adentrou o presídio. E, se considerarmos que tão logo cumprida a pena ela retornará ao seio da sociedade, será o próprio corpo social que receberá esse ser deturpado com todas as consequências advindas de uma segregação social.

Ao adentrar o sistema prisional, a apenada é cercada por uma infinidade de mazelas que, em tese, são distintas da pena e não foram impostas pelo ordenamento jurídico, mas não consegue delas se afastar. Loïc Wacquant (2011) nos dá uma ideia desse imenso problema:

Uma investigação aprofundada, levada a cabo sobre sete sítios penitenciários na França, mostra como a trajetória carcerária do preso pode ser descrita como uma sequência de choques e de rupturas comandadas, por um lado, pelo imperativo de segurança interna do estabelecimento, por outro, pelas exigências e os editos do aparelho judiciário, que escandem uma descida programada

na escala da indignação – descida tanto mais abrupta quanto mais o detento é pobre na saída. A entrada na prisão é tipicamente acompanhada pela perda do trabalho e da moradia, bem como da supressão parcial ou total das ajudas e benefícios sociais. Esse empobrecimento material súbito não deixa de afetar a família do detendo e, reciprocamente, de afrouxar os vínculos e fragilizar as relações afetivas com os próximos (separação da companheira ou esposa, “colocação” das crianças, distanciamento dos amigos etc). [...] (WACQUANT, 2011, p. 144).

Compreendemos, nesse ponto, que a pena não é apenas de restrição de liberdade, pois sua imposição implica a aplicação cumulativa de uma diversidade de outros pseudossistemas penais que acometem a apenada incontáveis vezes.

2.1 O transbordar da pena

Se, para o homem, o cárcere, com todas as suas mazelas, representa algo de difícil superação, quando olhamos para a mulher encarcerada, percebemos que as dificuldades sofridas e as consequências advindas pelo fato de ter passado pelo sistema prisional são elevadas à milésima potência. Não se compara o impacto sofrido pelo homem ao impacto sofrido pela mulher encarcerada.

Uma mulher, quando aprisionada, é, via de regra, abandonada pelo companheiro e pela família, perde o contato com o filho, recebe o estigma eterno de ex-presidiária, deixa sua colocação no mercado de trabalho, que já é combalida ainda quando nele está inserida. Nota-se claramente que a pena privativa de liberdade, para a mulher, não se restringe aos limites impostos pela sentença penal condenatória, mas, muitas vezes, transborda, tornando-a indelével.

A primeira dificuldade é o fato histórico de que os presídios não foram originalmente concebidos para receber as mulheres. Quando o Estado se viu na necessidade premente de aprisionar mulheres, presídios masculinos foram desativados e adaptados para recebê-las.

Um relatório da Pastoral Carcerária sobre mulheres presas inicia com uma frase preocupante: “Penitenciárias são feitas por homens e para homens” (CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL, 2012). Logo abaixo, o mesmo documento sentencia com outro pensamento igualmente perturbador: “[...] em algumas prisões as mulheres recebem exatamente o mesmo tratamento destinado aos homens, inclusive uniformes iguais, como se a primeira coisa a fazer fosse a sua desconstrução como mulher”.

Diversos problemas surgem no tratamento dispensado às mulheres encarceradas, estejam elas em qualquer fase de sua vida. Mas isso é deveras agravado quando elas estão na condição de gestantes ou são mães. O cárcere não foi preparado para receber a mulher como indivíduo que necessita de cuidados específicos, ele a trata como se fosse um ser assexuado, ou até mesmo como um homem. A professora doutora Soraia da Rosa Mendes indaga quais são os direitos fundamentais exclusivos das mulheres. Um olhar apurado para esse escopo é primordial para que se consiga entender as peculiaridades do sexo feminino enquanto encarcerada:

[...] a pergunta que se impõe é *quais são os direitos fundamentais das mulheres?*, ou melhor, ainda, *quais são os direitos fundamentais exclusivamente das mulheres?*

Tendo em vista a concepção de que os direitos fundamentais são concebidos como aqueles que não estão dados à disponibilidade política, ou à disponibilidade do mercado, e que, a universalidade desses direitos, corresponde à indisponibilidade, a limites, à restrições, à legislação, e à reivindicação de leis de atuação, é possível traçar a configuração de *direitos fundamentais das mulheres*, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana abrange (embora a isso não se restrinja) a vedação da coisificação. Sendo que, em uma dupla perspectiva ontológica e instrumental, compreende a dimensão negativa (defensiva) e a positiva (prestacional) (MENDES, 2014, p. 310).

O doutrinador Ferrajoli (2002) entende que as penas são mais cruéis, mais dignas de repulsa, do que os próprios delitos, elas têm uma duração muito maior do que o ato ilícito praticado, suas consequências repercutem na vida do condenado, muitas vezes de forma inextinguível, elas destroem a pessoa e aniquilam qualquer tentativa de ressocialização:

A história das penas é, sem dúvidas, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incompativelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos (FERRAJOLI, 2002, p. 310).

Salo de Carvalho (2008) afirma de forma contundente que, ao adentrar o sistema prisional, o condenado recebe uma

declaração de “não-cidadania”, é afastado do convívio social para um submundo onde não existem garantias:

A experiência na execução penal demonstra uma cruel historiografia: depois de prolatada a sentença penal condenatória, o apenado ingressa em um ambiente desprovido de garantias. Desta forma, a decisão judicial condenatória exsurge como declaração de ‘não-cidadania’, como formalização da condição de apátrida do autor do fato-crime (CARVALHO, 2008, p. 154).

Segundo o autor, isso ocorre (CARVALHO, 2008, p. 156) pela teoria da tripartição dos poderes insculpida por Montesquieu (2010) e amplamente utilizada pela maioria das sociedades organizadas, que limitou a competência do Poder Judiciário até a prolação da sentença e passou a incumbência da efetiva aplicação da pena a um órgão administrativo, fazendo com que o cumprimento ganhe a prevalência de ato administrativo distante do Poder Judiciário.

Válida é a iniciativa do Estatuto da Primeira Infância (BRASIL, 2016) ao reduzir os índices de encarceramento de crianças com suas mães, e/ou o afastamento daquelas de seus pais em caso de prisão preventiva, possibilitando a substituição destas penas por prisão domiciliar. Todavia, observamos ainda a afronta aos princípios constitucionais (BRASIL, 1988), principalmente do art. 5º, III (ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante), XLV (nenhuma pena passará da pessoa do condenado), XLVII (não haverá penas cruéis), XLIX (é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral), bem como às legislações internacionais, como as Regras de Tóquio

(UNITED NATIONS, 1990) e as Regras de Bangkok (UNITED NATIONS, 2010), ambas já analisadas no capítulo anterior.

Todo esse arcabouço jurídico é afrontado diuturnamente pelo próprio Estado no trato com as pessoas, ou melhor, aquelas que foram taxadas de estarem à margem da sociedade, ao arrepio de todo e qualquer ordenamento jurídico. Parte-se da premissa de que elas simplesmente não existem. O que vemos nos presídios nacionais é a ofensa a todos os princípios fundamentais mínimos. Não é porque se está encarcerada que deixa-se de ter direitos, eles persistem, ainda que um deles, a liberdade, tenha sido temporariamente cerceado, os demais devem ser, em sua plenitude, respeitados. E, uma vez que cumprido o encarceramento, a pessoa retorna ao *status* de cidadão e ao convívio com os seus.

Em sentido totalmente oposto, Beccaria (2011, p. 69) entendia que aquele que perturbasse a tranquilidade pública não obedecendo às leis, deveria ser banido da sociedade, sendo relegado à apátrida. Salo de Carvalho (2008, p. 50) afirma que tal discernimento persiste no conceito social até hoje, pois o pensamento comum entende que os encarcerados não têm nenhum direito. Como se as garantias constitucionais ficassem apenas no mundo externo aos presídios, e não também dentro deles.

Nesse sentido, Salo de Carvalho (2008), afirma que:

Lafer parte da categoria ‘apátrida’ para explicar o problema e levantar algumas hipóteses. A condição de apátrida não estaria apenas vinculada à clássica distinção entre nacionais e estrangeiros, mas sim ao fato de provocar em algumas pessoas situação de perda dos elementos mínimos de conexão com a ordem jurídica interna dos Estados, destituindo-os da

legalidade e da jurisdição. Tal condição retiraria o status de cidadania do homem, estabelecendo-lhe uma ‘morte civil’. Declarada formalmente, provoca a perda da condição civil, a desterritorialização e a incapacidade de reivindicação dos direitos, transformando sujeitos em objetos descartáveis. Assim, eles [apátridas] não perdem direitos como o direito à vida, à liberdade, à busca da felicidade, ou ainda à igualdade diante da lei por não serem nacionais. De fato, ‘sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles’, pois estão privados de uma comunidade política que os contemple como sujeitos de direito e em relação à qual tenham direitos e deveres. Os apátridas, ao deixarem de pertencer a qualquer comunidade política, tornam-se supérfluos (CARVALHO, 2008, p. 152).

De semelhante modo, Beccaria e Rousseau cunharam o entendimento de que o apenado encontra-se em um momento absolutamente atípico, ele está em estado de “morte civil” (BECCARIA, 2011, p. 152).

2.2 Os clientes do sistema prisional

O sistema prisional brasileiro é notoriamente seletista. O autor Loïc Wacquant (2011, p. 11), em contundente crítica, chama nossos estabelecimentos prisionais de “[...] campos de concentração para pobres”, haja vista a esmagadora maioria de seus internos ser constituída das classes menos favorecidas da sociedade, e continua:

O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (nos distritos policiais, os detentos, frequentemente

inocentes, são empilhados, meses e até anos a fio em completa ilegalidade, até oito em celas concebidas para uma única pessoa [...] (WACQUANT, 2011, p. 11).

Encarcera-se muito no nosso país e a realidade da superlotação em nada coopera para uma tentativa ressocializante. A desestruturação física e psicológica da condenada é alcançada com muito zelo. Loïc Wacquant (2011) aponta nesse sentido:

Segundo um estudo publicado pelo Ministério da Justiça, mais de um detento em cada quatro vive em estabelecimentos penais em condições carcerárias *'muito difíceis, até mesmo alarmantes'*. Aí vive-se cotidianamente encerrado com mais dois, três ou quatro presos em 9m² até 22 horas por dia. Assim, os 330 detentos da casa de detenção de Nîmes ocupam locais previstos para 180 pessoas. Celas de duas pessoas recebem uma terceira, obrigada a dormir sobre um colchão colocado diretamente no chão. Celas de cerca de 20m² são ocupadas por seis detentos, que por conseguinte devem comer em suas camas. A superpopulação cada vez mais toma conta dos estabelecimentos penais [...] (WACQUANT, 2011, p. 118).

Nesse ponto, os efeitos do encarceramento em massa, cópia de muito mau gosto do modelo norte-americano, são muito piores em médio e longo prazo, pois ampliam sem sombra de dúvidas as diferenças sociais e consagram uma carreira criminosa. Nessa perspectiva, Wacquant (2011) já assevera:

Em suma, a adoção das medidas norte-americanas de limpeza policial das ruas e de aprisionamento maciço dos pobres, dos inúteis e dos insubmissos à ditadura do mercado desregulamentado só irá agravar os males de que já sofre a sociedade brasileira em seu difícil caminho rumo ao estabelecimento de uma democracia que não seja de fachada, quais sejam, 'a deslegitimação das instituições legais e judiciárias, a escalada da criminalidade violenta e dos abusos policiais, a criminalização dos pobres, o crescimento significativo da defesa das práticas ilegais de repressão, a obstrução generalizada ao princípio da legalidade e

a distribuição desigual e não equitativa dos direitos do cidadão’ [...] (WACQUANT, 2011, p. 12).

Olhando para os nossos vizinhos norte-americanos, do qual em muito copiamos suas ideias sem refletirmos se elas são adequadas, e caso sejam, se devem ser aplicadas a nossa realidade, percebe-se que eles criaram uma verdadeira indústria carcerária. Nós, como o quarto país que mais encarcera no mundo, não ficamos distantes. Wacquant (2011) leciona sobre os estabelecimentos prisionais nos EUA:

No total, a ‘penitenciária’ contava mais de 600.000 empregados em 1993, o que fazia dela o terceiro empregador do país, atrás apenas da General Motors, primeira firma no mundo por sua cifra de negócios, e a cadeia de supermercado internacional Wal-Mart. De fato, segundo o Bureau do Censo, a formação e contratação de guardas de prisão é, de todas as atividades do governo, a que cresceu mais rápido durante a década passada (WACQUANT, 2011, p. 87).

E continua no mesmo sentido afirmando que: “A indústria da carceragem é um empreendimento próspero e de futuro radioso, e com ela todos aqueles que partilham do grande encerramento dos pobres nos Estados Unidos” (WACQUANT, 2011, p. 93).

Quando olhamos para a probabilidade de um negro norte-americano ser encarcerado, ela é muito maior do que a de um branco nas mesmas condições sociais. Segundo o autor (WACQUANT, 2011, p. 108), ela chega a ser sete vezes maior.

Não obstante, continua o autor (WACQUANT, 2011, p. 106) afirmando que há “[...] no nível societário uma estreita e positiva correlação entre a deterioração do mercado de trabalho e o aumento dos efetivos presos – ao passo que não existe vínculo

algum comprovado entre os índices de criminalidade e os índices de encarceramento”.

3 O presídio feminino do Distrito Federal, a Colmeia

Nos dois capítulos iniciais, tivemos a oportunidade de refazer um breve retrospecto sobre a evolução histórica das penas, passamos pelo absolutismo real e os questionamentos que findaram na realidade atual. Vimos a criminologia em suas teorias da Reação Social e da Criminologia Crítica, que apontam no mesmo sentido e vão além, afirmando que os que estão encarcerados foram previamente escolhidos pelo poder dominante para exercer tal papel. Percebemos que a sanção penal aplicada pelo Poder Judiciário não é competente para conter-se nos limites em que fora imposta, mas transborda, atingindo diversas áreas da vida da apenada. Com isso, longe de trazer a tão almejada ressocialização e conseqüentemente a paz social, estigmatiza e atrai consigo uma infinidade de mazelas que não se extinguem após o pleno cumprimento da pena.

A proposta do terceiro capítulo é fazer uma análise documental do sistema prisional feminino do Distrito Federal. Nesse sentido, utilizaremos pesquisas disponibilizadas pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Há de se ponderar que os dados mais recentes encontrados orbitam, em sua maioria, entre os anos de 2014 e 2015. Melhor seria se a atualização dessas informações fosse constante, talvez até *on-line*, com as plataformas informatizadas hoje disponíveis, mas a

realidade de dois ou três anos atrás não é tão distante da atual ao ponto de serem tão notáveis trabalhos de alguma forma desmerecidos.

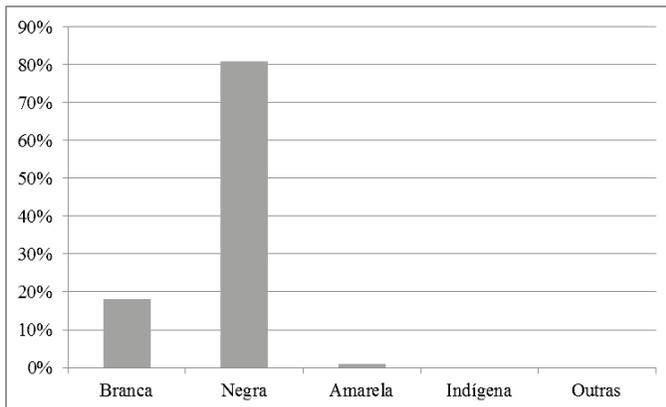
O Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN é órgão executivo da Política Penitenciária Nacional, subordinado ao Ministério da Justiça. Ele tem suas atribuições estabelecidas pela Lei nº 7.210/1980 (BRASIL, 1984), Lei de Execução Penal, em seus artigos 71 e 72 e entre suas competências está a fiscalização dos presídios nacionais, sejam eles federais ou municipais, e a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o país.

Juntamente com os dados do DEPEN, apresentaremos a pesquisa feita *in loco* com algumas apenadas e funcionários no presídio feminino do Distrito Federal, a Colmeia. Para tanto, o autor deste artigo obteve autorização junto ao juiz da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal - VEP para realizar uma visita guiada ao referido estabelecimento prisional. Tal evento se deu no primeiro semestre de 2010. Apesar do relativo espaço temporal, as lembranças ainda são bastante vivas, tamanho o choque de realidade ali vivenciado naquela tarde. As entrevistas relatadas neste capítulo foram obtidas diretamente com as detentas, que, longe dos agentes prisionais, puderam exprimir com maior exatidão as angústias sofridas no cárcere. Há, ainda, contribuições do primoroso trabalho realizado pela pesquisadora Débora Diniz (2015).

3.1 Raça, cor ou etnia

O gráfico abaixo apresenta a distribuição por raça, cor ou etnias das sentenciadas no presídio feminino do Distrito Federal. A abrangência da pesquisa compreende o ano de 2014 (BRASIL, 2014, p. 24).

Gráfico 1 - Distribuição por raça, cor ou etnias

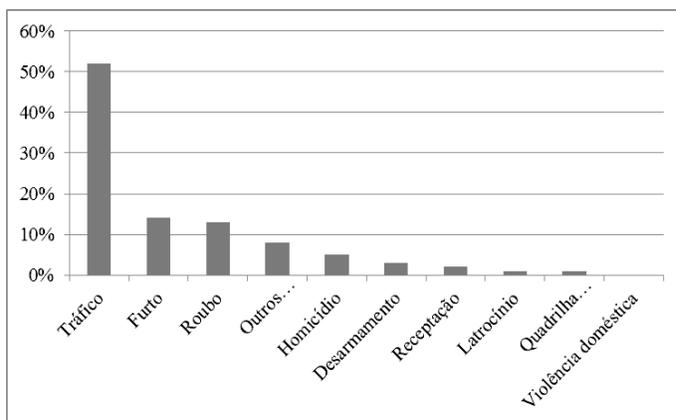


Fonte: Brasil (2014)

Observa-se que mais de 80% das encarceradas se declaram negras, contra quase 20% de brancas. As demais etnias são de quantitativo insignificante.

3.2 Natureza do tipo penal

O gráfico abaixo apresenta a natureza dos tipos penais pelos quais foram sentenciadas as detentas no presídio feminino do Distrito Federal. A abrangência da pesquisa compreende o ano de 2014 (BRASIL, 2014, p. 30).

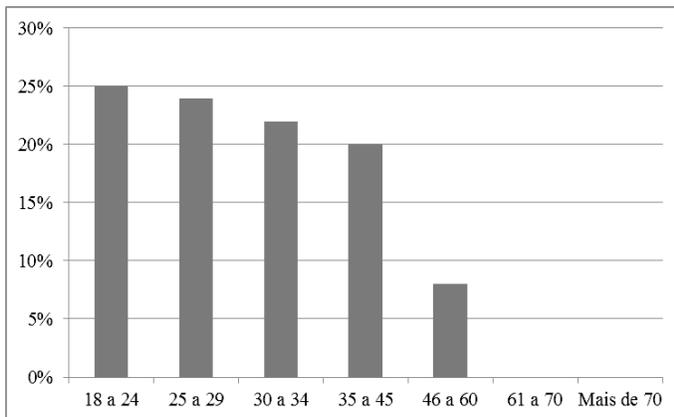
Gráfico 2 - Distribuição por natureza dos tipos penais praticados

Fonte: Brasil (2014)

Nota-se claramente que o grande cliente do sistema prisional feminino é o tráfico de drogas, perfazendo 52% do total de encarceradas. Seguido por furto e roubo, com pouco mais de 14% e 13% respectivamente. Os homicídios contam com 5% das condenações; a legislação do desarmamento, com 3%; a receptação, com 2%; o latrocínio, com 1% e a formação de quadrilha, com 1%.

3.3 Faixa etária

O gráfico abaixo apresenta a faixa etária das sentenciadas no presídio feminino do Distrito Federal. A abrangência da pesquisa compreende o ano de 2014 (BRASIL, 2014, p. 22).

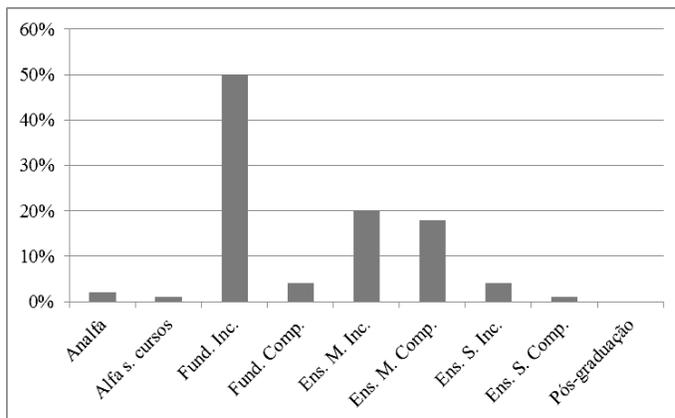
Gráfico 3 - Distribuição por faixa etária

Fonte: Brasil (2014)

Percebe-se que há uma distribuição relativamente homogênea entre 18 e 34 anos. Obviamente com maior ascensão na primeira faixa etária, compreendida entre 18 a 24 anos. As três primeiras faixas compreendem 71% das encarceradas.

3.4 Nível de escolaridade

O gráfico abaixo apresenta a distribuição por grau de escolaridade das sentenciadas no presídio feminino do Distrito Federal. A abrangência da pesquisa compreende o ano de 2014 (BRASIL, 2014, p. 27).

Gráfico 4 - Distribuição por grau de escolaridade

Fonte: Brasil (2014)²

Nota-se claramente que a maioria das detentas, 50%, possuem como grau de escolaridade o nível fundamental incompleto, ou seja, podem ser consideradas como semianalfabetas. A quantidade de analfabetas é maior do que as que possuem nível superior completo. Quando somamos o percentual de analfabetas, alfabetizadas sem cursos regulares, ensino fundamental incompleto e fundamental completo, obtemos o percentual de 57% das encarceradas. As que possuem nível médio incompleto somam 20% e as que possuem nível médio

² Utilizamos a seguinte legenda: Analfá – Analfabeta, Alfa s. cursos - Alfabetizada sem cursos regulares, Fund. Inc. - Ensino fundamental incompleto, Fund. Comp. - Ensino fundamental completo, Ens. M. Inc. – Ensino médio incompleto, Ens. M. Comp. - Ensino médio completo, Ens. S. Inc. - Ensino superior incompleto, Ens. S. Comp. - Ensino superior completo.

completo somam 18% das encarceradas. Não foi encontrada nenhuma que tenha cursado pós-graduação.

3.5 A pesquisa no presídio feminino do Distrito Federal, a Colmeia

O presídio feminino do Distrito Federal, a Colmeia, é o único estabelecimento prisional do DF especificamente destinado para mulheres. Mesmo assim, ele ainda comporta uma ala separada para homens submetidos a tratamento psiquiátrico.

Logo na entrada do estabelecimento prisional, os responsáveis pela segurança solicitaram que os telefones celulares ficassem retidos na portaria. É um protocolo de segurança, mas nos deixou a impressão de que o verdadeiro motivo era para que não fotografássemos o interior do presídio. Ao passarmos pela segurança, cumprido o primeiro rito protocolar, fomos guiados durante toda a visita por um solícito servidor. Ele nos levou primeiramente à ala de tratamento psiquiátrico, que abriga homens, um pavilhão distante do das mulheres. Mostrou-nos uma horta comunitária e a área de saúde, onde conversamos com alguns funcionários. Tivemos a oportunidade ainda de dialogar com a diretora do estabelecimento prisional antes de entrarmos na ala das celas das mulheres. Vimos também uma ala onde algumas apenas fazem trabalhos artesanais, um galpão com maquinário. Não fossem as grades e a rígida disciplina, acreditaríamos que ali não seria um presídio.

Quando adentramos o pavilhão que abriga as mulheres encarceradas, um emaranhado de grades e regras nos cercaram.

Passar uma tarde conhecendo a penitenciária do DF trouxe uma fria e incômoda sensação de ausência de liberdade, que, mesmo para nós que apenas estávamos ali fazendo uma visita guiada devidamente autorizada pela VEP, foi demasiadamente angustiante. O ambiente prisional é muito insalubre, não convidativo, desagradável, tem um ar carregado, quase funesto, é muito difícil de descrevê-lo com exatidão. O labirinto de grades já nos deixa claro que não estamos em um lugar comum. As celas, assim como relatado pelas presas, não possuem iluminação natural nem ventilação. Elas estão dispostas, em sua maioria, longe dos agentes prisionais. Quando as encarceradas necessitam de algum auxílio, chamam os responsáveis pela segurança prisional aos berros. Mesmo as celas com mães com crianças ficam localizadas distantes dos carcereiros. Em caso de emergência médica, o pior é quase certo, uma vez que o atendimento não é imediato.

Curiosamente, na Colmeia, há uma ala de presas provisórias. Sabe-se que sobre elas não há sentença penal condenatória transitada em julgado, mesmo assim, elas permanecem em locais que em muito lembram as masmorras da Idade Média. Elas fazem suas dispensas com todos os seus pertences, inclusive alimentos, pendurados em sacos plásticos em volta dos beliches de concreto. É um ambiente difícil de narrar e mais ilógico de acreditar que, em pleno século XXI, ainda tenhamos lugares assim dentro do nosso país, quase no quintal de casa.

Ao olharmos para as dificuldades sofridas pelas encarceradas, devido à precariedade prisional, não nos apercebemos inicialmente

que nos estabelecimentos prisionais femininos existe uma peculiaridade, os filhos das apenadas. Desta feita, ficou muito nítido que as condições do presídio são inadequadas para os primeiros meses de vida da criança. Durante a visita, foi possível observar que os cuidados dispensados aos infantes não abarcam os padrões mínimos de atendimento. As mães e seus filhos ficam confinados em uma ala separada das demais detentas, com ventilação precária e assistência médica questionável. No dia que visitamos o presídio, não havia água para os detentos. Fomos informados tanto pelos agentes, quanto pelas presas que a penitenciária sobrevive de doações da comunidade. Ao final da visita, nosso anfitrião solicitou que nos incumbíssemos de arrecadar doações de roupas e fraldas para o estabelecimento prisional. As fraldas recebidas pelo Estado, segundo relatos das detentas, são inapropriadas. Todo o resto deve ser providenciado pelos familiares.

3.6 As apenadas

Apresentaremos nesse ponto alguns relatos obtidos por nós diretamente com as detentas e outros com funcionários da Colmeia. Importa frisar que, visando resguardar a integridade moral e o anonimato tanto das encarceradas quanto dos que trabalham no estabelecimento prisional, todos os nomes apresentados são fictícios.

Segundo Adalgiza de Freitas, que era estudante de necropsia, condenada por infringir o artigo 155 do Código Penal brasileiro³,

³ Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

ela está há 4 (quatro) meses na penitenciária, não imagina como será sua vida ao ser separada do filho. Adalgiza chegou ao estabelecimento com 5 (cinco) meses de gestação, teve seu filho no Hospital Regional do Gama, afirma ter sido bem assistida e disse que sua sentença termina no fim do período de amamentação. Ao ser perguntada se deseja que o filho permaneça ao seu lado, respondeu: “[...] nem pensar, quero meu filho longe daqui”.

Isabella Souza ganhou seu filho na rua. Está presa por cometer o ilícito penal tipificado no artigo 121 do Código Penal brasileiro⁴. Ela foi para o presídio acompanhada de seu filho. Disse que ainda resta 1 (um) ano e 11 (onze) meses para cumprir sua pena. Não está mais amamentando, mas ainda se encontra na ala especial. Atualmente seu filho está com familiares que a visitam juntamente com este em dias diferenciados da visitação normal, pois a entrada de criança com menos de 1 (um) ano no pátio da penitenciária é proibida. Ela teve seu filho no Hospital Regional da Ceilândia (HRC), ficou internada por 10 (dez) dias, visto que a criança permaneceu pelo mesmo período na UTI.

As entrevistadas informaram que a diferença de tratamento das alas comuns para aquelas que são mães e/ou gestantes é somente a alimentação, sendo fornecidos como complementação alimentar um mingau e um pão com leite à noite para estas.

Débora Diniz (2015) apresenta uma tormentosa realidade vivida pelas encarceradas em suas lutas diuturnas contra as baratas na Colmeia:

⁴ Matar alguém.

O presídio tem abundância de animais, mas de espécies diferentes: uns são gente, outros insetos. As baratas disputam crescimento populacional com as presas, incontáveis nascem das grades, escondem-se nas roupas, passeiam pelo corpo. À noite, fazem festa sem medo de corretivo. Os bichos miúdos acomodam-se no couro e nas roupas, mas gostam mesmo dos buracos. Queixa comum de presa é falta de algodão no kit de higiene: uso em presídio é novidade para o fora [o fora é o termo utilizado para designar mundo exterior ao presídio], serve para tapar nariz e ouvido para barata intrusa não se entocar (DINIZ, 2015, p. 146).

Verifica-se também que algumas mulheres engravidam na penitenciária, porque as visitas íntimas são permitidas para as que comprovarem ser casadas ou para as que seus companheiros levem a certidão de nascimento de seus filhos. O presídio fornece preservativos para o controle de doenças sexualmente transmissíveis e natalidade, mas nem todas usam, conforme informado pela chefe do núcleo de ensino da penitenciária.

A partir da quarta semana de gestação, as gestantes são encaminhadas para o posto de saúde mais próximo para que possam ter acompanhamento pré-natal.

3.7 As mães e seus filhos

A vida atrás das grades não é fácil para nenhum dos gêneros, mas as dificuldades se acentuam sobremaneira quando observamos as mulheres que foram alcançadas pelo encarceramento.

Analisando o ordenamento jurídico em todas as suas nuances no intuito de dar maior guarida à mulher, especificamente as que estão gestantes ou são mães e estão nos presídios, percebemos que existe uma preocupação estatal em proteger a infância das

crianças cujas mães estão presas. Pontualmente observamos essa precaução na Lei 13.257/16, denominada Estatuto da Primeira Infância, ao ampliar o espectro da possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar em caso de gestante, mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Todavia, resguardar esse primeiro momento de vida em toda a sua excentricidade quando o filho está encarcerado junto com a mãe e ainda assim garantir seus direitos é uma tarefa que beira a utopia.

É inexequível a atribuição de precisar os conflitos que cada criança terá em sua vida em virtude do confinamento em sua infância. Nesse momento, há perda do convívio com os demais familiares e com o restante da sociedade e, quando deixar o presídio, a ausência materna e o preconceito social.

O relacionamento de mãe e filho começa desde a gravidez. Ao agregarmos isso ao fato do encarceramento, tenha essa gestação se originado no interior dos presídios ou fora deles, a maternidade se torna demasiadamente conturbada, uma vez que a estrutura do sistema penitenciário será o único local de convívio entre os dois.

Na visita realizada ao presídio feminino do DF foi indagado, tanto às funcionárias quanto às detentas, a respeito da existência de uma política de esclarecimentos para a mãe sobre os cuidados de higienização e a correta amamentação da criança e, em todas as respostas, foi negativa a existência de tal política. Não

obstante a agente penitenciária Gertrudes Alaude, que também ocupa o cargo de chefe do núcleo de ensino, ter relatado que há, na administração e no núcleo de saúde, pessoas capacitadas a conceder tais informações, as detentas entrevistadas informaram que esse conhecimento não chega a elas. A falta de informações no período pós-parto traz consequências tanto com relação às questões relativas à saúde da criança, que no contexto carcerário pode ser agravada, haja vista as dificuldades enfrentadas nos presídios, quanto para com o relacionamento da mãe com a criança. A genitora sem informações pertinentes de pessoas qualificadas, pode não saber empregar de forma adequada os cuidados necessários ao bebê, e, sobretudo, rejeitar a criança.

Nesse sentir, percebemos que a assistência de saúde emergencial é deficitária, de forma que, em caso de necessidade de medidas emergenciais, não há como as detentas da área especial comunicarem de forma rápida possíveis acidentes ao núcleo de saúde. A distância entre o local do atendimento e ala de encarceramento é imensa. O testemunho de uma apenas confirmou tal descaso ao relatar um episódio acontecido naqueles dias. Segundo ela, um bebê que já possuía diagnóstico de infecção passou mal e, para que o socorro viesse até a ala, todas as mulheres que ali estavam aprisionadas tiveram que gritar pelos agentes. Ao testemunhar que o socorro não chegaria a tempo, já que tal criança havia parado momentaneamente de respirar, os procedimentos de urgência foram tomados por uma das detentas. O ambiente para o coeso convívio entre mãe e filho se mostra frágil.

Em conversa com outras presas, elas, mesmo com certo receio das reprimendas do presídio, falaram das dificuldades encontradas na penitenciária por estar com seus filhos. Da pouca assistência médica e até um fato curioso, de que quando a criança está com o peito cheio, os enfermeiros costumam dizer que elas estão querendo falar. Isso seria um prodígio, considerando que elas têm no máximo 6 (seis) meses de vida.

Um tema de difícil solução entre os profissionais que lidam com o sistema carcerário, e que nos faz questionar a atual política pública utilizada no Distrito Federal, é sobre a implantação de creches no presídio feminino. Atualmente não existem tais instalações, de modo que, após o período obrigatório de amamentação, as crianças são encaminhadas para seus familiares, e no caso da não identificação destes, elas podem ser enviadas para abrigos até que termine o período de cumprimento da pena pela mãe.

Algumas apenas concordam com a separação dos filhos, já que a pena foi imposta como reprimenda pelos atos ilícitos cometidos pela mãe, e não é aceitável que o infante cumpra tal pena juntamente com ela.

Nesse sentido, matéria publicada pela Secretaria de Comunicação da Universidade de Brasília comenta sobre a possibilidade da manutenção do filho junto às mães:

Se a criança tiver um acompanhamento, for orientada e tiver um mínimo de estrutura no presídio, é possível defender a ideia de mantê-la junto à mãe. Mas sempre pensando na qualidade de acompanhamento. Caso contrário, se não houver essa qualidade,

é fundamental e mais adequado que a criança fique com a família, fora dos presídios (60% DOS FILHOS..., 2007).

Por outro lado, é questionável o respeito à vedação da dupla penalização da mãe ao ser separada do filho após o período estipulado, haja vista a imprescindível relevância da figura materna na formação da criança. Sabe-se que, caso nenhum familiar ou amigo se prontifique a cuidar das crianças durante o período de encarceramento da mãe, há um iminente risco de que elas se “[...] aproximem da criminalidade, seja como vítimas ou autores de atos ilícitos” (GOMES, 2008).

Na visita ao estabelecimento prisional do DF, foi possível perceber a precariedade de sua estrutura, não existe qualquer meio viável para a manutenção da criança por mais do que o período legal. O próprio atendimento à saúde e à alimentação é precário, tampouco existe lazer adequado para as crianças que ali se encontram. De acordo com uma apenada, a alimentação para as mães é restrita, sendo necessário que haja algum tipo de complementação. No caso em questão, a apenada busca suprir essa falta com iogurte adquirido com os próprios recursos na lanchonete.

4 Conclusão

Findo este artigo gostaríamos de reviver *en passant* o que fora aqui exposto. No primeiro capítulo tivemos a oportunidade de realizar um breve retrospecto histórico da evolução das penas, passamos pelas teorias criminológicas da Reação Social e da Criminologia Crítica. Analisamos ainda o princípio da dignidade da pessoa humana. Finalizamos o capítulo primeiro com as

Regras de Tóquio, de Bangkok e o Estatuto da Primeira Infância, Lei nº 13.257/16.

No segundo capítulo questionamos a efetividade das penas em seus ideais ressocializadores e sancionadores. Percebemos que a pena de reclusão não é capaz de trazer nenhuma melhora à apenada, muito pelo contrário, dadas as peculiaridades femininas, a sanção penal ecoa e atinge diversas vezes a presidiária e seus familiares, em especial seus filhos. Concordamos com Zaffaroni, a pena, do jeito que está, não tem função alguma.

No terceiro capítulo pudemos analisar dados do DEPEN, bem como a pesquisa feita *in loco* no presídio feminino do Distrito Federal, a Colmeia, que apontou para tudo o que já foi exposto nos dois capítulos iniciais e deixa clara a seletividade do sistema prisional ao preferir em suas grades a analfabeta, afrodescendente e pobre que se envolveu no mundo das drogas.

De bom azo é a sanção do Estatuto da Primeira Infância (BRASIL, 2016) ao criar possibilidades de substituição da prisão preventiva para a gestante, a mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e para o homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Reduzindo, por conseguinte, o incompreensível encarceramento do filho com sua mãe e o mais cruel, o afastamento deles.

Por fim, longe de esgotar esse assunto que deve ser exaustivamente revisitado pela sociedade civil, pelos operadores do Direito e pelos legisladores, acreditamos que políticas públicas efetivas distantes do encarceramento, tais como as que preconizam

as regras de Bangkok, devem ser perquiridas, visando reduzir o imenso gasto estatal com os presídios e tudo o que os rodeiam, buscando uma possibilidade real de ressocialização, trazendo a sancionada novamente ao corpo social com algum senso de responsabilidade e valores que não foram absorvidos em sua tenra infância, de maneira que a via criminal se torne verdadeiramente desinteressante e desestimulada.

Title: The punishment's echo in the female prison system of the Federal District

Abstract: The present work deals with the analysis of the impact of the penal sanction suffered by the inmates in the female prison system of the Federal District, the Colmeia. To do so, it's necessary to make a brief historical retrospective of the sentences, including criminological analysis, the principle of the dignity of the human person and its implications in the Legal System. The problem statement of this paper is what the indelible problems that affect woman in prison are. It's noted that, once incarcerated, the penal sanction imposed doesn't fulfill its role of resocialization and can't be limited to the exact precepts that had been determined by the sentence, but echoes through several areas of the life of the convict, contributing to someone who entered the prison system's becoming a contumacious criminal. We'll also observe that the hard abandonment of members and specially of the child, the woman's breakdown, the absence of adequate structure to deal with womanliness and the social stigma are among the adversities woman are met with. We'll also realize that the Federal District's prison system, which reflects the national reality, is a discriminating one, preferring in its ranks poor, illiterate, black women who have become involved in the world of drugs. It's important that measures other than the incarceration of women be adopted both to reduce the number of prisoners and to make a potential resocialization possible.

Keywords: Constitutional Law. Criminology. Female prison system. Social and racial discrimination.

Referências

60% DOS FILHOS de presidiárias moram em presídios com a mãe. Brasília: UNB, Secretaria de Comunicação, 2007. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/noticias/60-dos-filhos-de-detentas-moram-em-presidios-com-a-mae>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

ALEMANHA. Constituição (1949). *Constituição Federal Alemã*. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/grundgesetz>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1983.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

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

BRASIL. Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 13 set. 1984.

BRASIL. Lei n. 13.257 de 08 de março de 2016. Estatuto da Primeira Infância. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 9 mar. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: Infopen mulheres*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. Coordenação Nacional da Pastoral Carcerária. *Relatório mulheres presas*. São Paulo: Ministério da Justiça. 2012. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal1.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

CARVALHO, de Salo. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CERNEKA, Ann Heidi. *Regras de Bangkok: está na hora de fazê-las valer!* 2012. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/As-Regras-de-Bangkok-ibccrim.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

DINIZ, Débora. *Cadeia: relatos sobre mulheres*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

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

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 40. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

GOMES, Aline Barbosa Figueiredo et. al. *Reflexões sobre a maternidade no sistema prisional: o que dizem técnicas e pesquisadoras*. 2008. Disponível em: <http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/366.%20reflex%20sobre%20a%20maternidade%20no%20sistema%20prisional.pdf>. Acesso em: 30 jan. 17.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. Salvador: JusPodvum, 2017. 1842 p.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

UNITED NATIONS. *Resolution 2010/16*: United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules). 22 jul. 2010. Disponível em: <<https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2010/res%202010-16.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

UNITED NATIONS. *Resolution 45/110*: United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules). 14 dez. 1990. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r110.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

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

SANTOS, Davi José dos. O ecoar da pena no sistema prisional feminino do Distrito Federal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 143-192, 2019. Anual.

Submissão: 26/4/2017

Aceite: 30/9/2017

A valoração dos atos infracionais para fundamentar a decretação da prisão preventiva

Renato Augusto Ercolin

Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Direito Processual, pela Universidade da Amazônia, Direito Público, pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci, e Gestão de Polícia Civil, pela Fundação Universa.

Resumo: O presente artigo versa sobre os limites da abrangência da doutrina da proteção integral, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil e na Lei nº 8.069/1990, especialmente em relação ao indivíduo maior de idade que foi adolescente infrator. Discute como deve ser entendido o garantismo penal e interpretada a expressão “garantia da ordem pública”, um dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, a partir da verificação da periculosidade do imputável, fundada na análise da sua conduta enquanto adolescente em conflito com a lei. Nessa perspectiva, analisa o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema.

Palavras-chave: Doutrina da proteção integral. Garantismo penal. Ato infracional. Prisão preventiva. Personalidade. Periculosidade.

Sumário: Introdução. 1 Garantismo penal. 2 Prisão preventiva. 3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a prática de atos infracionais. 4 A decretação da prisão preventiva para garantir a ordem pública, fundada na valoração da prática de atos infracionais. 5 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 6 Conclusão. Referências.

Introdução

Norteados pela doutrina da proteção integral, o objetivo primordial do Estatuto da Criança e do Adolescente é assegurar os

direitos dos menores de dezoito anos, considerados como pessoas com a personalidade em desenvolvimento.

Nesse sentido, a conduta apresentada até atingir a maioridade, sobretudo no que se refere a atos que violam normas previstas no Direito Penal configurando atos infracionais, não é levada a efeito na vida adulta para fins de maus antecedentes, reincidência e exasperação de eventual pena imposta em decorrência de condenação pela prática de infração penal.

Diante do tratamento constitucional conferido à criança e ao adolescente, bem como do caráter protetivo da Lei nº 8.069/1990, indaga-se se os dados relativos a atos infracionais podem ser utilizados como elemento de valoração após o infrator atingir a maioridade, caso pratique um crime.

A partir de considerações sobre o garantismo penal, o presente artigo tem por escopo estudar se os atos infracionais praticados por indivíduo que comete crime após completar dezoito anos configuram motivo idôneo para atestar a sua periculosidade e ensejar a sua prisão cautelar.

1 Garantismo penal

O Direito Penal deve ser concebido com fundamento no princípio da intervenção mínima, aplicável apenas em *ultima ratio*. Por tal razão, assevera-se o seu caráter subsidiário e fragmentário. Legitimada a sua aplicação, contudo, há a necessidade de rigorosa observância dos direitos fundamentais do seu destinatário.

A Constituição Federal vigente preceitua a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, tem como um dos seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e prevê direitos e garantias fundamentais, o que traduz a ideia da adoção de um ordenamento garantista.

Nesse sentido, a atuação estatal garantista tem como um de seus fins conferir efetividade ao modelo normativo dos direitos fundamentais previstos na ordem constitucional, prestigiando o Estado de Direito.

A partir da doutrina de Luigi Ferrajoli (2002), que preceitua a tutela das liberdades individuais em face do exercício arbitrário do poder, desenvolveram-se, no Brasil, ideias quanto ao garantismo penal, consubstanciadas na premissa de que o Estado deve assegurar efetivamente os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico ao acusado ou apenado.

O enfoque do garantismo penal deve se voltar à interpretação das normas de Direito Penal e Direito Processual Penal em consonância com as regras e os princípios estabelecidos na Constituição Federal. Nesse viés, os preceitos garantistas quanto à proteção dos bens jurídicos não devem se dirigir exclusivamente ao indivíduo, investigado ou condenado, mas também em favor dos interesses da sociedade.

Logo, a extensão e os limites do pensamento garantista tanto valem para os direitos dos indivíduos que são processados ou condenados, como para os interesses coletivos da sociedade.

Sob esse prisma, o garantismo pode ser negativo e positivo, consubstanciando o garantismo integral.

O garantismo negativo impede abusos estatais em relação ao indivíduo, preservando os seus direitos fundamentais, traduzindo o pensamento da proibição do excesso. O garantismo positivo, por sua vez, fundamenta-se na proibição da defesa deficiente dos bens jurídicos de interesse da sociedade, consubstanciando uma proibição de omissão do dever de proteção da coletividade.

À luz do princípio da proporcionalidade, em julgamento de *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal utilizou como fundamentação o raciocínio abaixo exposto:

[...]

A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente (HC 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 06/03/2012, DJe-062, 27/03/2012).

O garantismo penal, compreendido a partir do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e proibição de proteção deficiente) ou sob o enfoque integral, preserva o equilíbrio na proteção dos direitos individuais e coletivos.

Todavia, é cediço que historicamente a arbitrariedade estatal e o decisionismo se deram em desfavor do indivíduo, gerando, no Brasil, a visão de apenas uma via do garantismo, num aparente afã compensatório, prestigiando somente os direitos individuais.

A essa visão do garantismo, que não harmoniza os direitos individuais com os interesses sociais, valorizando-se unicamente o indivíduo, propôs-se a denominação de garantismo hiperbólico monocular.

O garantismo difundido é desproporcionalmente (hiperbólico) voltado à proteção dos direitos individuais, unicamente (monocular). Nesse sentido, leciona Douglas Fischer:

Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples *referência* aos ditames do “*garantismo penal*”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela *compreensão não integral* dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um *garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico*, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos *direitos* dos cidadãos que se veem processados ou condenados (FISCHER, 2009, p. 2, grifo do autor).

O pensamento garantista, regido pelo princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como vedação de

proteção insuficiente, deve se aplicar na elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas (BRANCO; COELHO; MENDES; 2009), não só às relativas à esfera criminal. Nota-se, contudo, que os princípios e regras constitucionais que orientam e condicionam o Direito Penal e Processual Penal têm sido compreendidos unicamente para a tutela de direitos individuais.

A premissa da necessidade da limitação do poder estatal e da adoção de princípios para a proteção dos direitos individuais, sob o enfoque garantista, é mais do que válida, essencial à própria existência do Estado de Direito. Entrementes, essa proteção não se esgota no indivíduo. Há de ser considerada também a necessidade da proteção dos direitos da sociedade, consubstanciando o garantismo integral, numa via de mão dupla (FISCHER, 2010).

2 Prisão preventiva

Concebida como medida excepcional, de *ultima ratio* e caráter provisório, a prisão preventiva consiste na prisão cautelar decretada pelo magistrado em qualquer fase da persecução criminal, acatando representação da autoridade policial, requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente. Pode, também, ser decretada de ofício durante a fase do processo criminal, quando estiverem preenchidos os requisitos legais contidos no art. 313 do CPP e os motivos autorizadores, previstos no art. 312 do CPP, sempre que não for cabível qualquer medida cautelar diversa da prisão (LIMA, 2011).

Antes de se perquirir sobre a existência das hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva, deve ser analisado se estão presentes os seus pressupostos, quais sejam, o *fumus comissi delicti*, consistente na prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação nos crimes ou situações previstas no art. 313 do CPP, o *periculum libertatis*, consubstanciado na demonstração da ineficácia ou impossibilidade da aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão, bem como a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Além disso, deve ser verificado se estão atendidos os requisitos contidos no art. 313 do Código de Processo Penal, os quais não são cumulativos, bastando a identificação de uma das hipóteses abaixo:

- I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
- II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (se reincidente em crime doloso);
- III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
- IV - quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL, 1941).

Presentes os pressupostos e algum dos requisitos legais, deve ser verificada se a aplicação de alguma das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, é suficiente.

Concluindo-se pela impossibilidade da aplicação de medida cautelar diversa da prisão ou pela sua ineficácia, passa-se à apreciação das situações previstas no art. 312 do CPP (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Quanto aos motivos ensejadores da segregação cautelar, interessa o estudo da prisão como garantia da ordem pública – expressão imprecisa, que comporta diversas interpretações –, todavia, prepondera o entendimento de que é lícita a segregação cautelar para a garantia da ordem pública quando restar concretamente demonstrado o risco de reiteração delituosa por parte do investigado ou acusado.

A finalidade dessa prisão é resguardar a sociedade do convívio do sujeito perigoso, que insiste em permanecer cometendo delitos quando solto.

Assim, a periculosidade do agente é aferida a partir da análise do seu passado delinquente, bem como pelos tipos de infrações penais praticadas, não sendo suficiente a alegação de que o delito praticado é considerado grave abstratamente ou que gerou clamor ou comoção social. Deve-se expor, de forma fundamentada, que a medida visa a impedir que o acusado continue a cometer delitos.

A jurisprudência consolidada nos tribunais preceitua que a análise da periculosidade deve ser realizada a partir de dados

concretos. Assentou-se, assim, o seguinte entendimento: se o réu em liberdade persistir com a prática delincente, deverá responder ao processo preso, pois demonstra que a sua personalidade é voltada para a prática de delitos. Logo, não há outra forma de se preservar a ordem pública, senão por meio do afastamento do indivíduo do meio social¹.

Veja-se que a periculosidade é aferida a partir da constatação da prática anterior de crimes, não sendo necessário o trânsito em julgado de sentença proferida em processo criminal, mas apenas a comprovação da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes de autoria, os quais são verificados a partir da análise da legalidade das prisões em flagrante – com o seu respectivo controle por meio das comunicações obrigatórias e audiências de custódia – e da apreciação de inquéritos policiais contendo indiciamento.

Nesse passo, deve ser demonstrado ao magistrado que o indivíduo é perigoso, pois apesar de ser assegurada a sua permanência em liberdade até que se finde a instrução criminal, oportunizando-lhe, desde logo, a ressocialização, este, deliberadamente, ignora as normas penais e as infringe. Logo, não se trata de alçar mera suposição, mas de evidenciar concretamente a personalidade criminosa, permitindo, fundamentadamente, a segregação cautelar do indivíduo, em observância a vertente positiva do garantismo.

¹ Vide RHC 67.422/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 15/06/2016.

3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a prática de atos infracionais

Superando o paradigma dos Códigos de Menores de 1927 e de 1979, os quais tratavam a criança e o adolescente como objetos de tutela do Estado, preceituando a inimputabilidade como forma de proteção da sociedade, a Lei nº 8.069/1990, fundada na doutrina da proteção integral, prevista no art. 227 da Constituição Federal, passou a tratá-los como sujeitos de direitos (JESUS, 2006).

Nesse contexto, a legislação priorizou a promoção dos direitos da criança e do adolescente, traçando diretrizes para a implementação de políticas públicas, sempre considerando a peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, as quais devem ser educadas quanto às obrigações e aos deveres ínsitos à vida em sociedade.

No que se refere ao tratamento à criança e ao adolescente em conflito com a lei, o Estatuto previu a aplicação de medidas específicas de proteção, bem como de medidas socioeducativas apenas em relação aos adolescentes².

Não obstante as medidas socioeducativas serem dotadas precipuamente de caráter pedagógico, a restrição de direitos, no

² Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta; Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101 (medidas específicas de proteção).

caso da medida de internação, revela também uma ação retributiva do Estado.

O tratamento conferido ao adolescente, contudo, ainda que envolto por um viés punitivo das medidas socioeducativas aplicadas para atos infracionais graves, sempre se pautará nos preceitos contidos na Lei nº 8.069/1990, cuja regulamentação se deu pela Lei nº 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Verificada a prática do ato infracional, podem ser aplicadas quaisquer das medidas específicas de proteção: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

A decretação da medida de internação só é cabível quando o ato infracional for cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração de infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta, conforme dispõe o art. 122, da Lei nº 8.069/1990.

Constata-se que a mencionada medida privativa de liberdade é excepcional, voltada para situações em que o adolescente pratique ato que viole bens jurídicos relevantes, dotados de especial proteção. Ademais, também é aplicável a internação quando o adolescente se mostra displicente, indiferente à medida anteriormente imposta, demonstrando que não tem qualquer intenção de se ajustar às normas que regem o Estado e a sociedade.

Verifica-se, nesse ponto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê normas essencialmente protetivas, mas também dotadas de um caráter pedagógico-punitivo (LIBERATI, 2012). Ademais, também é possível extrair do seu texto que a medida gravosa de internação deve levar em consideração a periculosidade e a personalidade do adolescente.

Sobre o conteúdo do conceito de personalidade, é oportuna a abordagem de Ricardo Augusto Schmitt:

Refere-se ao seu caráter como pessoa humana. Serve para demonstrar a índole do agente, seu temperamento. Trata-se de circunstância afeta muito mais aos ramos da psicologia, da psiquiatria, da biologia, do que a ciência do direito, uma vez que devemos mergulhar no interior do agente em busca de avaliar sua maneira de ser, de viver, de se apresentar ao mundo exterior [...]. Na verdade, trata-se de uma valoração da história pessoal de vida de cada pessoa, de sua índole, de seus antecedentes biopsicológicos herdados, de sua estrutura como pessoa [...] (SCHMITT, 2011).

Vale ressaltar que a consideração acima colacionada é realizada durante a análise das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal para efeito da fixação da pena, sendo comum ao magistrado não dispor de elementos para o reconhecimento e a valoração da personalidade do agente, impossibilitando-o de elevar a pena com este fundamento.

De fato, a personalidade não pode ser delimitada de forma estática, por mera disposição legal. Entretanto, afigura-se plausível, especialmente para efeitos cautelares, considerar que o indivíduo que reiteradamente pratica atos infracionais ou crimes graves indica a sua periculosidade, pois o seu modo de pensar,

agir, sentir e satisfazer as suas vontades é alheio à paz social, ao patrimônio e à integridade física de terceiros. Manifesta, assim, os seus valores e a forma de impor os seus interesses a qualquer custo, demonstrando a sua personalidade perigosa.

A análise da conduta do adolescente, que evidencia a sua periculosidade, é levada a efeito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, para o fim de apreciação da necessidade da internação provisória³, sem prejuízo da aplicação da medida de internação em estabelecimento educacional ao final do procedimento da apuração de ato infracional.

Há de se reconhecer, enfim, que perquirir a personalidade do adolescente é tão relevante quanto examinar a materialidade e autoria de um ato infracional, pois é a partir dessa investigação que impor-se-á ou não a internação provisória, bem como aplicar-se-á a medida socioeducativa adequada, dentre as previstas no rol do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

³ Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

4 A decretação da prisão preventiva para garantir a ordem pública, fundada na valoração da prática de atos infracionais

Os atos praticados pelo inimputável não podem ser considerados para qualquer efeito, como regra, após a maioridade. Vislumbra-se exceção prevista no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, relativamente à aplicação da medida socioeducativa de internação, a qual pode perdurar até os 21 (vinte e um) anos de idade incompletos, conforme preceitua o § 5º do art. 121 do referido diploma.

Trata-se de uma opção do legislador para permitir a atuação estatal especialmente aos adolescentes que praticarem atos infracionais graves na véspera de completarem 18 (dezoito) anos de idade. A previsão legal em comento evita, por exemplo, que um adolescente que pratique ato infracional grave um mês antes de atingir a maioridade se veja livre de qualquer medida por parte do Estado, extirpando a ideia da existência de uma espécie de “salvo-conduto” decorrente da aproximação da idade adulta.

Há de se admitir, portanto, que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente acolhe a ideia de projetar a restrição de direitos ao adulto que, enquanto adolescente, formou o seu caráter em conflito com a lei, praticando atos infracionais.

A Lei nº 8.069/1990 prevê diversas formas de intervenção visando assegurar o desenvolvimento sadio e harmonioso da criança e do adolescente. Isso não significa, contudo, que a atuação estatal seja suficiente para forjar valores éticos e morais,

bem como que as medidas socioeducativas consigam atingir a sua finalidade pedagógica e ressocializadora.

Verifica-se, assim, que muitos adolescentes que já ostentam antecedente de ato infracional entram novamente em conflito com a lei. Essa reincidência, por si só, não é suficiente para atestar a periculosidade dos infratores, sendo mero indicativo de personalidade desajustada, ainda em formação.

Não obstante, a reiteração da prática de atos infracionais graves evidencia a periculosidade concreta do adolescente, a qual não desaparece pelo simples fato do alcance da maioridade penal.

Nesse sentido, sob a ótica do Direito Penal, apesar de não ser possível fazer menção a atos infracionais como forma de sustentar a existência de maus antecedentes ou reincidência, nada impede a sua valoração para efeito da análise da personalidade e periculosidade do agente e, por consequência, decretar a sua prisão preventiva como forma de preservar a ordem pública.

5 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O tema em comento foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual tinha entendimentos divergentes entre a 5ª e 6ª Turmas. Esta não admitia a possibilidade de decretação da prisão preventiva fundada na prática de atos infracionais⁴, ao passo que

⁴ HC 338.936/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016.

aquela utiliza tal fato como argumento para a manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública⁵.

Os julgados da 6ª Turma acolhiam o entendimento de que os atos praticados na época da menoridade não poderiam ser utilizados para quaisquer fins de Direito Penal, pois estariam acobertados pelo sigilo, sujeitos a medidas judiciais de caráter protetivo, sob regência de legislação própria⁶.

A 5ª Turma, diversamente, entendia que a prática reiterada de atos infracionais evidencia o risco concreto da prática de novas infrações penais, demonstrando-se, assim, a periculosidade do agente e a propensão a delinquir novamente⁷.

O tema foi pacificado, conforme julgamento proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça⁸, prevalecendo o posicionamento no sentido da possibilidade da decretação da custódia cautelar para preservar a ordem pública, fundamentada no reconhecimento de que o cometimento de atos infracionais atesta a personalidade voltada à prática de infrações penais, evidenciando a periculosidade concreta bem como a tendência à reiteração delitiva.

⁵ RHC 55.996/BA, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 04/03/2016.

⁶ HC 334.148/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 06/10/2015, DJe 13/10/2015.

⁷ HC 353.050/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016.

⁸ STJ. 3ª Seção. RHC 63.855-MG, Rel. Para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11/05/2016.

Entendeu-se que o art. 143 do Estatuto do Adolescente, que prevê o sigilo relativamente ao indivíduo que comete atos infracionais, só é aplicável enquanto não atingida a maioridade⁹.

Confira-se excerto da ementa do RHC 63.855-MG:

[...]

Os registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares. A avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social. Se os atos infracionais não servem, por óbvio, como *antecedentes penais* e muito menos para firmar *reincidência* (porque tais conceitos implicam a ideia de “crime” anterior), não podem ser ignorados para aferir a personalidade e eventual risco que sua liberdade plena representa para terceiros (RHC 63.855-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11/05/2016).

Ao proferir o seu voto, o relator, eminente Ministro Rogerio Schietti Cruz, após contextualizar o tema e tecer considerações sobre a segregação cautelar, inclusive em legislações estrangeiras, asseverou:

[...] Ora se uma pessoa, recém ingressa na maioridade penal, comete crime grave e possui histórico de atos infracionais também graves, indicadores de seu comportamento violento, como desconsiderar tais dados para a avaliação judicial sobre a periculosidade do réu? (RHC 63.855-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11/05/2016).

⁹ Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

Prosseguindo em seu voto, esclareceu:

[...] Evidentemente não cabe considerar atos infracionais como antecedentes penais, bastando, para dar lastro a tal assertiva, lembrar que *ato infracional não é crime, que medida socioeducativa não é pena*, inclusive quanto aos fins a que se destina, que o *adolescente não é imputável*, que a *sentença final nos processos por ato infracional não é condenação*. Daí, porém, a não poder utilizar, *para avaliação judicial de natureza cautelar* – que não pressupõe, insista-se, juízo de culpabilidade, mas de periculosidade do agente – o histórico recente de vida do acusado, ao tempo em que ainda não atingira a maioridade, vai uma grande distância.

Os registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares. A avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social, quais os atos infracionais praticados. Se estes não servem, por óbvio, como *antecedentes penais* e muito menos para firmar reincidência (porque tais conceitos implicam a ideia de “crime” anterior), não podem ser ignorados, repito, para aferir *o risco que a sociedade corre com a liberdade plena do acusado* (RHC 63.855-MG, Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, julgado em 11/05/2016, grifo do autor).

Por fim, antes de propor a fixação de critérios para valorar os atos infracionais para fins cautelares, observou que o Supremo Tribunal Federal, no RHC 134121 MC/DF, cujo relator é o Ministro Luiz Fux, na data de 20.4.2016, decidiu no mesmo sentido. Confira-se fragmento do referido julgado:

[...] A prevalecer o argumento de que a prática de atos infracionais na menoridade não se comunica com a vida criminal adulta, ter-se-á que admitir o absurdo de que o agente poderá reiterar na prática criminosa logo após adquirir a maioridade, sem que se lhe recaia a possibilidade de ser preso preventivamente.

A possibilidade real de reiteração delituosa constitui, fora de dúvida, base empírica subsumível à hipótese legal da garantia da ordem pública (RHC 134.121, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20/04/2016).

O Ministro relator ponderou, contudo, parâmetros para a valoração dos atos infracionais como forma de atestar a periculosidade concreta do agente. Assim, não se mostraria razoável a decretação da prisão preventiva a partir de uma violação qualquer à legislação. É necessária a análise sobre: 1) a gravidade do ato infracional; 2) a época em que foi praticado; 3) se efetivamente houve a comprovação da autoria e materialidade.

As balizas estabelecidas devem ser analisadas de forma cumulativa, não sendo idônea a decretação da prisão preventiva com base em atos infracionais nos quais houve a remissão, sem que restasse comprovada a autoria, bem como por atos praticados sem violência ou grave ameaça ou que tenham sido cometidos em data distante da prática criminosa.

Veja-se que, pelo voto proferido, não se abriu a possibilidade irrestrita de decretação de prisão preventiva com o fim de preservar a ordem pública com supedâneo na prática anterior de atos infracionais.

Deve estar evidenciado, portanto, o cabal reconhecimento da materialidade e da autoria, o qual pode ser comprovado por meio de certidão em que conste que foi aplicada medida de internação. Ademais, o ato infracional análogo a crime deve ser precisamente explicitado, permitindo a aferição sobre a sua

natureza grave. Por fim, faz-se necessária a demonstração quanto à contemporaneidade dos atos infracionais.

Dessa forma, estará fundamentada a necessidade da constrição cautelar se devidamente demonstrada a real possibilidade de reiteração delitiva.

6 Conclusão

O garantismo penal traduz a ideia da harmonização dos interesses da sociedade com os direitos do indivíduo, limitando a atuação estatal em prol da liberdade individual em sua amplitude máxima, sem descuidar, todavia, da tutela de bens jurídicos de expressiva magnitude, cujo interesse é de toda a coletividade. Assim, numa via de mão dupla, de forma equilibrada, caracteriza-se o garantismo penal integral, em que se veda o excesso em face do indivíduo (garantismo negativo), e também se proíbe a proteção deficiente da sociedade (garantismo positivo)¹⁰.

Nesse sentido, a prisão preventiva se enquadra na vertente do garantismo positivo, excepcionando a regra da permanência do indivíduo em liberdade durante a instrução criminal. Essa segregação cautelar, quando fundada na necessidade de se preservar a ordem pública, deve ser decretada a partir da concreta constatação da periculosidade do acusado ou réu, a qual é perquirida tendo por base, dentre outros fatores, a análise da sua personalidade.

¹⁰ Vide RE 418.376-5/MS.

A reiteração criminosa do agente indica a probabilidade real da recidiva na violação da lei penal, autorizando a conclusão da efetiva existência de risco à sociedade, caso o indivíduo permaneça em liberdade. Assim, a prática de crimes anteriores pode servir de fundamento para a decretação da prisão preventiva do imputável para garantir a ordem pública, pois, a partir da análise da sua conduta delinquente, extrai-se a conclusão de que a sua personalidade é voltada para o desrespeito à lei penal, que tutela os bens jurídicos mais relevantes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua a proteção integral da criança e do adolescente e o sigilo dos atos praticados apenas para o momento anterior à vida adulta. Logo, a constatação da existência de atos infracionais é elemento idôneo para se atestar a periculosidade do indivíduo imputável por ter alcançado a maioridade.

Não é possível reconhecer os atos infracionais como se delitos fossem, mas a personalidade do infrator é revelada por meio deles, podendo ser valorada para a decretação da prisão preventiva por necessidade da garantia da ordem pública, quando for manifesta a conclusão pela sua periculosidade.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, estabeleceu parâmetros para valorar se o indivíduo que praticou crime é perigoso, por meio da apreciação dos atos infracionais praticados. Para tanto, deve ser observado se houve o reconhecimento da autoria e materialidade no juízo da infância e da juventude, a contemporaneidade das infrações e a gravidade delas.

Title: The valuation of infractions in adolescence as grounds for pre-trial detention

Abstract: This article deals with the limits of the scope of the integral protection doctrine provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil and in the Act no. 8.069/1990, especially in relation to an adult who has been an adolescent offender. It discusses how the theory of protection of civil liberties in criminal law should be understood and how the term “guarantee of the public order” should be interpreted, one of the requirements for the decreeing of pre-trial detention, from the verification of the dangerousness of the criminally capable individual, based on the analysis of his conduct as a teenager in conflict with the law. In this perspective, this paper analyzes the recent positioning of the Superior Court of Justice on the subject.

Keywords: Integral protection doctrine. Protection of civil liberties in criminal law. Infractions in adolescence. Pre-trial detention. Personality. Dangerousness.

Referências

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

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

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 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

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

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 18 jun. 2016.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Juspodivm, 2010.

JESUS, Mauricio Neves de. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção*. Campinas: Sevanda, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional, medida socioeducativa é pena?* 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011.

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

ERCOLIN, Renato Augusto. A valoração dos atos infracionais para fundamentar a decretação da prisão preventiva. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 193-216, 2019. Anual.

Submissão: 26/4/2017

Aceite: 14/8/2017

A atuação da Promotoria de Justiça do Gama nos casos de violência doméstica: buscando novas formas de enfrentamento

Laiane Vasconcelos Leão Velame

Analista do MPU/Saúde/Serviço social. Especialista em Serviço Social, Direitos Humanos e Justiça. Graduada em Serviço Social.

Resumo: Na trilha das mudanças e das tendências que atingiram o Ministério Público nas últimas décadas, e, principalmente, em relação àquelas que se desenrolaram após a promulgação da Lei Maria da Penha em 2006, é que me propus a levantar as expectativas que as mulheres em situação de violência doméstica têm em relação à atuação da Justiça e parte das respostas que lhe são oferecidas. O estudo ora proposto parte de dados coletados nos prontuários de mulheres atendidas no Setor de Análise Psicossocial da Coordenadoria de Promotorias de Justiça do Gama (CPJGA), unidade regionalizada do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT. Iniciei o percurso analítico levantando os acontecimentos e os aspectos importantes do processo de construção dos direitos das mulheres no Brasil. Na sequência, os dados coletados nos prontuários do Setor de Análise Psicossocial da CPJGA e nas entrevistas de acolhimentos realizadas por este setor com mulheres em situação de violência permitiram traçar um perfil sociodemográfico das mulheres, identificar as principais expectativas delas em relação à atuação da Justiça e levantar parte das respostas produzidas pelo MPDFT. Dos discursos analisados, foi possível compreender que a maior parte das expectativas das mulheres está relacionada a respostas extrapenais. E, nesse aspecto, foi possível avaliar que o MPDFT tem lançado mão de duas estratégias centrais de atuação no Gama/DF, a saber: a realização de atendimentos às mulheres pelo Setor de Análise Psicossocial, bem como a atuação ministerial articuladora do trabalho em rede, principalmente por meio do projeto institucional da Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher do Gama.

Palavras-chave: Violência doméstica. Atuação da justiça - ex-

pectativas das mulheres. Violência doméstica - atuação do MP-DFT.

Sumário: Introdução. 1 Metodologia. 2 Referencial teórico. 2.1 A construção dos direitos da mulher no cenário brasileiro. 3 Resultados e discussões. 3.1 Perfil das mulheres atendidas. 3.2 Caracterização do contexto de violência. 3.3 Expectativas das mulheres atendidas. 3.4 Respostas que o MDFT vem produzindo às mulheres em situação de violência moradoras do Gama. 4 Considerações finais.

Introdução

A violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar é reconhecida como um fenômeno social de grandes proporções e que se assenta em um modelo social e cultural de relações desiguais de gênero. Atualmente, no Brasil, a Lei Maria da Penha, publicada em 2006, é o instrumento jurídico mais avançado sobre esse assunto. Essa norma identifica esse tipo de violência como uma violação de direitos humanos, exigindo uma atuação organizada e qualificada do Estado para o seu enfrentamento, e oferece tratamento especializado e rigoroso à violência doméstica contra a mulher, conferindo-lhe estatuto de crime.

Essas questões parecem centrais para as discussões que pretendo propor a partir daqui, considerando que o objetivo desse estudo é compreender o conjunto de expectativas que as mulheres em situação de violência doméstica nutrem em relação à atuação da Justiça e como o Ministério Público vem produzindo respostas a essas mulheres, a partir do recorte institucional da

Coordenadoria de Promotorias de Justiça do Gama, vinculada ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Na Lei Maria da Penha, a atuação do Ministério Público foi tratada especificadamente no Título IV do Capítulo III, embora tenha sido reiteradamente mencionada no decorrer de todo o texto da lei. O artigo intitulado *Ministério Público e Lei Maria da Penha*, publicado em 2006 por Antônio César Lima da Fonseca (2006), faz uma avaliação das atribuições previstas pela Lei nº 11.340/2006 para o Ministério Público. No texto, o autor organiza as funções ministeriais conforme sua natureza, enquadrando as atribuições do *Parquet* em três blocos, a saber: atribuições institucionais, atribuições administrativas e atribuições funcionais.

Fonseca (2006) compreende como atribuições de “ordem institucional” as relacionadas ao compromisso de desenvolver suas ações de maneira integrada às demais áreas envolvidas na aplicação da Lei Maria da Penha e as que visam à proteção dos direitos das mulheres em situação de violência. Identifica como “atribuições administrativas” as tarefas de inspecionar estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar e de realizar o cadastramento de dados sobre os casos de violência doméstica e familiar, com o intuito de contribuir para a sistematização de dados em âmbito nacional. Mas dá ênfase às atribuições de “ordem funcional”, citando o artigo 25 da Lei, que assim assevera “O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas

cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher” (BRASIL, 2006).

Analisando as atribuições descritas acima, fica clara a tarefa institucional de garantir que a violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, enquanto ato criminoso, seja julgada pelo Poder Judiciário, conforme prevê o ordenamento jurídico. Nesse sentido, remete-se à função mais tradicional de repressão à criminalidade, que é acionada pela Lei Maria da Penha.

Mas, mesmo na esfera da responsabilização do autor, podemos encontrar uma nova perspectiva, em boa parte relacionada às novas atribuições do Ministério Público introduzidas após a Constituição Federal de 1988, pois a atuação ministerial passa a ser transversal quando se trata da defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, difusos e coletivos.

Perspectiva que fica mais evidente em outro conjunto de atribuições institucionais previstas na Lei: a integração com os serviços públicos de saúde, educação, assistência social, segurança, entre outros; a fiscalização dos estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, inclusive com a possibilidade de adoção de medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas; o cadastramento de dados relativos a violências dessa natureza; e a defesa dos interesses e direitos transindividuais.

A Lei Maria da Penha exigiu das nossas instituições jurídicas novas estruturas, novas práticas e a adoção de um novo paradigma legal¹. Exemplos disso foram a determinação da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e o impulso para a criação de outras estruturas do sistema de Justiça (como no Ministério Público e na Defensoria Pública), as mudanças necessárias para operacionalizar as Medidas Protetivas de Urgência no prazo estipulado, bem como a dinâmica procedimental de apuração e julgamento das situações de violência doméstica.

Mas a previsão legal de integração entre as instituições jurídicas e as outras áreas de atendimento e assistência às mulheres é um ponto que merece atenção especial. Por um lado, a Lei atribui funções importantes à Justiça para coibir a prática de violência contra as mulheres no cenário doméstico e familiar, por outro, deixa claro que o tratamento jurídico-coercitivo não é suficiente para o seu enfrentamento.

E ao mesmo tempo em que reconhece a importância da articulação de diferentes esferas do Estado para o enfrentamento à violência contra a mulher no espaço doméstico e familiar, a Lei

¹ “[...] embora se tenha ciência de constituir o processo penal uma pena em si mesmo, reitera-se a ideia de que a Lei 10.340/06 impõe a criação de um sistema processual autônomo que não pode ser interpretado dentro das categorias ortodoxas da dogmática jurídica, ou seja, não pode ser qualificado exclusivamente como ‘penal’ ou ‘civil’. Trata-se, conforme destacado, de um novo modelo que tende a superar esta lógica binária, inclusive porque os temas abordados transcendem os problemas tradicionais das jurisdições penal ou civil” (CAMPOS, 2011, p. 150).

também reconhece a importância do sistema de Justiça recorrer a outras áreas de conhecimento para lidar com esse tema. Em seu título V, “Da equipe de atendimento multidisciplinar”, dispõe sobre a criação e as competências de equipes multidisciplinares junto aos juizados especializados:

Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Art. 31. Quando a complexidade do caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de atendimento multidisciplinar.

Art. 32. O Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, poderá prever recursos para a criação e manutenção da equipe de atendimento multidisciplinar, nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias (BRASIL, 2006).

A criação de equipes multidisciplinares é uma tendência que se expande dentro do sistema de Justiça e esse é o movimento no qual se inscrevem os Setores de Análise Psicossocial do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e, conseqüentemente, o terreno em que também me inscrevo como assistente social e servidora desta instituição, lotada no Setor de Análise Psicossocial da Coordenadoria de Promotorias de Justiça do Gama, onde lido

cotidianamente com situações de violência contra a mulher que chegam à esfera jurídica.

Além da criação das Promotorias de Justiça Especiais Criminais e de Defesa da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, a Lei Maria da Penha e as correlações de força que se desdobraram dentro MPDFT provocaram o processo de descentralização da equipe de assessoramento psicossocial, com o intuito de que os Setores descentralizados pudessem agregar os atendimentos relacionados a violência doméstica.

Entre 2013 e 2015, a maior parte das Coordenadorias de Promotorias de Justiça passou a contar com Setores de Análise Psicossocial - SETPS, unidades descentralizadas de assessoramento às Promotorias de Justiça, vinculadas funcionalmente à Coordenadoria Executiva de Psicossocial² e administrativamente às Coordenadorias de Promotorias de Justiças do MPDFT, localizadas nas Regiões Administrativas do DF. Atualmente os SETPS estão presentes no edifício-sede e em 14 Coordenadorias de Promotorias de Justiça: Brasília, Brasília II (Fórum Leal Fagundes), Brazlândia, Ceilândia, Gama, Guará, Núcleo Bandeirante, Paranoá, Planaltina, Riacho Fundo, Samambaia, Santa Maria, São Sebastião, Sobradinho e Taguatinga.

² A SEPS foi criada em 30 de janeiro de 2002, por meio da Portaria nº 052/2002 e se chamava Núcleo de Perícia Social (Nupes). No decorrer de 2016, nova mudança na estrutura organizacional gerou nova mudança de nomenclatura, sendo denominada atualmente Coordenadoria Executiva de Psicossocial.

E é considerando as mudanças e tendências que atingiram o Ministério Público nas últimas décadas, e, principalmente, aquelas que se desenrolaram após a publicação da Lei Maria da Penha em 2006, que desenvolvemos este estudo com o objetivo de levantar quais são as expectativas das mulheres em situação de violência que buscam ajuda no sistema de Justiça e que tipo de respostas esse sistema vem produzindo.

Para tanto, inicialmente procuramos fazer um panorama do processo de construção dos direitos das mulheres. E, na sequência, analisamos dados referentes ao perfil sociodemográfico, ao contexto de violência e às expectativas em relação à atuação da Justiça das mulheres atendidas no Setor de Análise Psicossocial da CPJGA/MPDFT. Por fim, apresentamos e analisamos parte das respostas que estão sendo oferecidas a elas pela unidade regionalizada do MPDFT no Gama/DF.

1 Metodologia

Para o desenvolvimento deste estudo – seguindo a trilha que vem sendo empreendida pelo Serviço Social desde a década de 1980 –, foi adotada como referência a teoria social crítica e o método dialético, por reconhecer o potencial dessas técnicas para superar a aparência e penetrar na essência dos fenômenos sociais. De acordo com Pontes (2015), para compreender a realidade, esse método põe em movimento as dimensões da totalidade, particularidade e singularidade. Em seus termos,

[...] embora tenha caráter de *universalidade* para o ser social, [a totalidade] particulariza-se em cada complexo. Aí reside uma chave heurística para compreender o processo de conhecimento da realidade. A universalidade, que é o plano em que residem as grandes determinações e *leis* de uma dada formação social, mas que no plano da imediatez o que se nos aparece são os aspectos singulares da vida cotidiana e dos fatos, despidos condicionamentos da legalidade social. [...]. A dialética entre o *universal* e *singular* processa-se através da *particularidade*, que no dizer de Lukács é um *campo de mediações*. É neste *campo de mediações* que os fatos singulares se vitalizam com as grandes leis da universalidade, e a universalidade se embebe da realidade do singular (PONTES, 2015, p. 10, grifo do autor).

Situado o alicerce teórico-metodológico deste estudo, esclareço também o tipo de abordagem que foi adotado: pesquisa qualitativa e quantitativa, porque não prescindiu de dados estatísticos e usufruiu de significados e mediações que perpassavam os dados e a própria realidade.

As fontes de dados utilizadas foram os 192 prontuários³ abertos pelo Setor de Análise Psicossocial do Gama (CPJGA/MPDFT) no ano de 2015 e as 65 entrevistas de acolhimento realizadas com as mulheres em situação de violência, caracterizadas como vítimas nos processos judiciais encaminhados pelas três Promotorias de Justiça Especiais Criminais e de Defesa da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar da CPJGA.

³ O total de prontuários abertos em 2015 foi de 202 prontuários, mas 2 deles foram excluídos da coleta de dados porque se referiam a mulheres que já haviam sido entrevistadas naquele mesmo ano e em 8 deles foi adotada outra metodologia de intervenção, sem que os dados pudessem ser coletados de forma equivalente.

Esses prontuários são arquivos compostos por cópias dos autos processuais, relatórios técnicos, formulários, entre outros documentos. Nas entrevistas, a coleta de informações se deu por meio da aplicação de formulário semiestruturado, cujos dados foram organizados e sistematizados por meio de planilhas e gráfico do programa Microsoft Excel.

A pesquisa, de cunho exploratório, também foi realizada por meio de revisão bibliográfica e documental. Literatura sobre o tema, legislações vigentes e dados estatísticos divulgados em meio digital foram consultados.

2 Referencial teórico

2.1 A construção dos direitos da mulher no cenário brasileiro

A violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar passou a fazer parte da agenda internacional desde a década de 1970, ganhando vigor inédito nas conferências e convenções internacionais da década de 1990. No Brasil, esse assunto ganhou grande relevância a partir das discussões protagonizadas pelos movimentos feministas da década de 1980, que passaram a pressionar o Estado a desenvolver estratégias de intervenção sobre as situações de violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar.

A criação das primeiras Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher na década de 1980 foi um grande avanço na conquista de direitos para as mulheres, numa época em que

ações nesse sentido, de cunho estatal, eram quase inexistentes, porque - na contramão das denúncias do movimento feminista - a violência doméstica ainda se mantinha relegada ao espaço privado, não sendo reconhecida como assunto que merecia atenção e atuação do Estado brasileiro. Apesar disso, devido à pressão dos movimentos sociais, nesta mesma década outras ações para prevenir e combater a violência foram sendo desenvolvidas, como levanta Araújo (2011):

No Brasil, decorrente das inúmeras reivindicações do movimento feminista brasileiro foi criado, em 1983, o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), com o objetivo de “atender a mulher em sua integralidade, em todas as fases da vida, respeitando as necessidades e características de cada uma delas” (BRASIL, s/a, s/p); em 1985 foi institucionalizado O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), que originalmente foi vinculado ao Ministério da Justiça e neste mesmo ano ocorreu a criação das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher (DEAMs) (ARAÚJO, 2011, p. 2).

As ações ainda tímidas ganharam maior fôlego no cenário pós-Constituição de 1988. A criação da Secretaria de Políticas para as Mulheres merece destaque no bojo dessas conquistas. Mobilizou, entre outras coisas, a realização de Conferências Nacionais de Políticas para Mulheres e a construção dos Planos Nacionais de Políticas para Mulheres, respectivamente em 2004 e 2007.

No cenário internacional, na Conferência Mundial do Ano Internacional da Mulher, patrocinada pela ONU, em 1975, na Cidade do México, a discussão em torno dos direitos das mulheres ganha força. Mas foi ao longo da década de 1990

que foram forjados os principais espaços de deliberações e documentos internacionais produzidos sobre a matéria, dentre os quais: a Conferência de Viena e seu Programa de Ação (1993); a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres (1993); a Conferência sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994 e sua Plataforma de Ação; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará (1994); a IV Conferência da Mulher em Beijing e a Plataforma de Ação Mundial da Mulher (1995). (Universidade Federal de Santa Catarina, 2014).

Foi na Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, que o Tribunal de Crimes contra as Mulheres expôs a necessidade de se inserir o direito à vida sem violência como indissociável da luta pelos Direitos Humanos no mundo, antecedendo a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, aprovada pela ONU também em 1993. Esses eventos tiveram importância fundamental para a elaboração da Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, conhecida como Convenção de Belém do Pará, que definiu a violência contra a mulher como: “[...] qualquer ação ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado” (BANDEIRA, 2009, p. 403).

Grande parte das discussões que ocorriam em âmbito internacional reverberou no Brasil, impulsionando a construção de políticas públicas de prevenção e enfrentamento à violência por parceiros íntimos. Os resultados mais emblemáticos desse processo foram: mudanças na legislação nacional advindas da adesão a tratados e acordos internacionais com força normativa

constitucional; a larga produção de estudos e dados estatísticos sobre a violência contra as mulheres; e a criação de serviços públicos especializados de atendimento, entre outras coisas.

Em 2004, houve um grande avanço nas políticas públicas, quando o setor de saúde passou a tratar a violência doméstica como uma questão de saúde pública, reconhecendo os diversos impactos biopsicossociais que essa violência gera. Por meio da Portaria GM/MS nº 936/2004, o Ministério da Saúde (MS) iniciou a estruturação da Rede Nacional de Prevenção da Violência e Promoção da Saúde com a implantação de Núcleos de Prevenção à Violência e Promoção da Saúde, além de normatizar, por meio da Portaria GM/MS 2.406/2004, a notificação compulsória das situações de violência doméstica em todos os serviços de saúde.

Em 2006, tem-se outro grande avanço, agora no âmbito da Justiça, mas com repercussões sobre todas as políticas públicas: a criação da Lei nº 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha. Inspirada na Convenção de Belém do Pará, provocou mudanças significativas do ponto de vista conceitual, jurídico-normativo e no planejamento e na execução de políticas públicas nesta área.

No período mais recente, anterior à criação da Lei nº 11.340/2006, as situações de violência tinham pouca visibilidade e as mulheres vitimizadas tinham pouco apoio do Estado para reclamar seu direito de não serem violentadas. A maior parte dessas situações permanecia impune, apenas os casos de homicídio praticados por homens contra mulheres eram tratados

com maior rigor. Desde 1995 as situações de violência tinham passado a ser enquadradas nos dispositivos da Lei nº 9.099⁴ e “penalizadas” com a aplicação exclusiva de medidas pecuniárias e prestação de serviço comunitário para o autor de violência, sem que fosse dada nenhuma especificidade de tratamento à violência doméstica, incluída no rol de crimes taxados como de menor potencial ofensivo (BRASIL, 1995).

O propósito desta Lei era dar maior celeridade e desonerar o sistema de Justiça brasileiro, centrada na resolução de conflitos por meio da conciliação entre as partes, com vistas a maior eficácia penal. De acordo com Barsted (2012),

[...] levando-se em consideração a natureza do conflito, e a relação de poder presente nos casos de violência doméstica, essa Lei acabava por estimular a desistência das mulheres em processar seus maridos ou companheiros agressores e, com isso, estimulava, também, a ideia de impunidade presente dos autores desse crime. Após dez anos da aprovação dessa Lei, constatou-se que cerca de 70% dos casos que chegavam aos Juizados Especiais Criminais envolviam situações de violência doméstica contra as mulheres. Do conjunto desses casos, a grande maioria terminava em “conciliação”, sem que o Ministério Público ou o Juiz deles tomassem conhecimento e sem que as mulheres encontrassem uma resposta qualificada do poder público à violência sofrida (BARSTED, 2012, p. 107).

Renato Janine Ribeiro e Mário Sérgio Cortella (2013, p. 48), no livro *Política: para não ser idiota*, dialogam sobre a visão

⁴ Dispõe sobre a atuação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e, em relação a este último, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo (contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos).

negativa que a sociedade brasileira construiu acerca da política e daqueles que dela participam. Ao debater esse assunto, os autores tocaram a questão do limite entre conflito e confronto e nesse ponto podem nos ajudar a pensar sobre violência e, conseqüentemente, no tratamento que vem sendo dirigido a ela no Brasil. Em seus termos: “[...] conflito é a divergência de posturas, de ideias, de situações; confronto é a tentativa de anular o outro”.

Para a violência contra a mulher – aqui identificada como confronto e não como conflito –, o instituto da “conciliação” não é um recurso possível, porque ao mesmo tempo desconsidera o caráter histórico, social e cultural da violência de gênero, reforça padrões familiares legitimadores da violência contra a mulher e, enquanto forma de intervenção, tende a contribuir para a sua perpetuação e até mesmo para a radicalização.

A Lei Maria da Penha fez importantes “deslocamentos discursivos” ao abandonar os termos “sexo” e “vítima” e inclui, de maneira inédita no vocabulário jurídico-normativo, as terminologias “gênero” e “mulher em situação de violência” (CAMPOS, 2011; GOMES, 2013).

O primeiro deslocamento está relacionado ao reconhecimento de que homens e mulheres não se encontram em posição de igualdade na sociedade. E não estamos falando aqui de uma diferença natural entre os sexos, mas sim de papéis construídos socialmente como base de um sistema de poder-dominância masculina, que utiliza a violência contra a mulher

como instrumento de manutenção dessa ordem desigual de gênero.

O segundo deslocamento está relacionado a uma preocupação feminista de não alimentar estereótipos femininos que poderiam atribuir o papel de “vítima” à identidade feminina, em vez de considerá-la como uma condição temporária da mulher. Neste contexto, esta legislação demonstra uma preocupação feminista de transcender velhos dualismos e polaridades (masculino/feminino; razão/emoção; autor/vítima).

A Lei Maria da Penha aponta como tipos de violência passíveis de punição a violência física, psicológica, moral, sexual e patrimonial, “não cria [...] novos tipos penais incriminadores da violência de gênero, mas exemplifica diversas situações que caracterizam essa violência e estabelece a condição de violência doméstica como circunstância de agravamento ou qualificação das penas nos crimes específicos” (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 145-146). Também estabelece medidas protetivas de urgência a fim de adequar o procedimento judicial à necessidade de intervenção judicial mais célere imposta pela dinâmica das situações de violência no âmbito doméstico e familiar.

Definiu como dever do Estado a promoção de políticas públicas articuladas a fim de prevenir e enfrentar o fenômeno da violência contra a mulher, para além dos instrumentos de responsabilização penal e civil do autor. Impulsionou a criação de planos e políticas específicas para as mulheres, além de estruturas de governo e serviços especializados para atender às mulheres

vítimas de violência, a exemplo da expansão das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher.

Essa Lei, que completa 12 anos de aplicação no Brasil, trouxe à tona muitas situações de violência, antes encobertas pelo secretismo, e deu “voz” às mulheres seja no campo da política pública, seja no campo penal, porque o discurso feminino ganhou importância inédita nesses espaços pós-LPM.

Dada a importância do discurso feminino, na sequência analisamos dados referentes ao perfil sociodemográfico, ao contexto de violência e às expectativas das mulheres atendidas no Setor de Análise Psicossocial da CPJGA/MPDFT em relação à atuação da Justiça. Por fim, apresentamos e analisamos parte das respostas que estão sendo oferecidas a elas pela unidade regionalizada do MPDFT no Gama/DF.

3 Resultados e discussões

3.1 Perfil das mulheres atendidas

Os dados sociodemográficos⁵ extraídos dos prontuários de mulheres em situação de violência doméstica que foram encaminhadas para participar de acolhimento junto ao SETPS/Gama serão analisados à luz dos dados da população

⁵ Dos 192 prontuários do SETPS/Gama considerados para fins de pesquisa, os dados de perfil de 127 mulheres foram coletados exclusivamente a partir dos prontuários e no caso das 65 mulheres que participaram de entrevista de acolhimento no setor, os dados foram extraídos do formulário de coleta de dados aplicado durante a entrevista.

em geral do Gama, divulgados pela Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios - PDAD – 2015 (COMPANHIA DO DESENVOLVIMENTO DO PLANALTO CENTRAL, 2015).

Em 2015 o Gama tinha uma população total de 141.911 habitantes, dentre os quais 58,8% estavam em idade adulta e a maioria era de mulheres (52,6%). Sem divergir da informação acima, os dados dos prontuários estudados revelaram que a maioria das mulheres encaminhadas ao SETPS em 2015 estavam em idade adulta (54% entre 18 e 35 anos; 36,5% entre 35 e 60 anos de idade), enquanto 4,8% tinha entre 12 anos e 18 anos de idade e outros 4,8% tinha acima dos 60 anos.

Tabela 1 – População do Gama em 2015

Faixa etária da população do Gama em 2015		
Até 12 anos incompletos	0	0,0%
De 12 a 18 anos incompletos	9	4,8%
De 18 a 35 anos incompletos	102	54,0%
De 35 a 60 anos incompletos	69	36,5%
Acima de 60 anos	9	4,8%

Fonte: Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios - PDAD (COMPANHIA DO DESENVOLVIMENTO DO PLANALTO CENTRAL, 2015).

Dos dados educacionais levantados, os níveis de escolaridade foram agrupados a fim de identificar o percentual de mulheres que conseguiu completar a educação básica (ofertada pelo Estado brasileiro a todos os cidadãos) e também o percentual

de mulheres que deu continuidade aos estudos no ensino superior (ofertado apenas seletivamente pelo Estado).

No que tange à escolaridade das mulheres, identificou-se que 50,7% *concluíram a educação básica, dentre as quais apenas 18,4% deram continuidade aos estudos* em cursos de graduação (18%) e mestrado (0,4%). *49% das mulheres desta pesquisa não concluíram a educação básica* (1,7% nunca frequentou a escola, 14,6% têm o ensino fundamental incompleto, 24,3% têm o ensino fundamental completo e 8,4% têm o ensino médio incompleto).

Proporção que se mantém se observada a realidade da população em geral do Gama no mesmo período, porque (excluídos os percentuais referentes à educação infantil e ensino especial, que totalizam 2,31% da população) a PDAD demonstra que 46,71% *da população do Gama concluíram a educação básica, sendo que 20,8% deram continuidade aos estudos* (8,2% estão cursando o ensino superior, 12,19% já concluíram o ensino superior, e 0,12% fez curso de especialização, 0,31% fez mestrado e 0,04% tem doutorado), enquanto 47,7% *dessa população não concluiu a educação básica* (4,54% são analfabetos ou sabem apenas ler e escrever, 0,04% cursa alfabetização para adultos, 32,9% têm o ensino fundamental incompleto, 3,28% têm o ensino fundamental completo e 25,8% têm o ensino médio incompleto).

Diante do exposto, o perfil de escolaridade das mulheres atendidas não guarda grandes diferenças em relação ao perfil da população do Gama em geral.

No que diz respeito à situação ocupacional das mulheres atendidas no SETPS/CPJGA/MPDFT, os dados demonstraram que, em 2015, 51% estavam realizando atividades remuneradas, ao passo que 15,6% estavam desempregadas, 13,5% declararam-se donas de casa, 4,2% estavam aposentadas, 7,8% eram estudantes e 2,2% tinham outro tipo de situação ocupacional (em 5,7% este esse dado não foi coletado).

Entre os moradores do Gama em geral, a pesquisa da CODEPLAN (2015, p. 30) identificou que, “[...] entre os que estão acima de 10 anos de idade, 45,40% têm atividades remuneradas, enquanto 15,72% são estudantes e 7,26% encontram-se desempregados [7,73% foram caracterizados como ‘do lar’]”.

A concentração do grupo de pessoas que estavam inseridas em atividade remunerada foi representada tanto nos dados dos prontuários de mulheres como no dado da população do Gama em geral. Entretanto, os dados de estudantes e desempregados demonstraram diferenças⁶ que podem ser atribuídas ao próprio público das duas pesquisas: os dados coletados pela CODEPLAN se referem a pessoas acima de 10 anos de idade, enquanto o público da segunda pesquisa (restrita às mulheres que tinham prontuários no SETPS/MPDFT) foi de mulheres acima de 12 anos de idade e, mesmo assim, os dados etários demonstraram

⁶ Enquanto a população em geral do Gama apresentou taxas de 15% de estudantes e 7,2 % de desempregados, as mulheres atendidas no SETPS/CPJGA/MPDFT apresentaram taxas de 7,8 % de estudantes e 15% de desempregadas.

pequena participação na pesquisa de meninas entre 12 e 18 anos de idade (4,8%)

Entretanto, chamaram atenção as diferenças em relação ao número de mulheres desempregadas e “donas de casa” ou “do lar” nestes dois grupos. Os dados da CODEPLAN revelaram que 7,26% da população do Gama se encontrava desempregada e 7,73% foi caracterizada como “do lar”, totalizando 14,99% da população nessas condições. Os dados da pesquisa com as mulheres atendidas revelaram que quase 30% delas estavam nessas condições, das quais 15,6% estavam desempregadas e 13,5% eram “donas de casa” em 2015.

Ambas as situações ocupacionais podem indicar a inexistência de rendimentos individuais e, no caso das “donas de casa”, além de exercerem uma atividade não remunerada, trata-se de atividade socialmente invisibilizada e desvalorizada.

No entanto, entre as mulheres atendidas no SETPS/CPJGA/MPDFT o maior percentual observado foi de mulheres que estavam exercendo alguma atividade remunerada (51%). Neste caso, também nos interessa compreender o perfil dessas ocupações, a sua natureza e os rendimentos auferidos. Para tanto, vamos ver as tabelas abaixo:

Tabela 2 – Ocupação das mulheres encaminhadas ao SETPS em 2015

Ocupação	Mulheres Ocupação	Ocupação	Mulheres Ocupação
Diarista	5	Frentista	1
Empregada doméstica	6	Recepcionista	1
Garçoneiro	1	Atendente	7
Auxiliar em serviços gerais	6	Auxiliar de produção	1
Cuidadora de crianças	2	Supervisora de estoque	1
Babá	1	Limpadora de veículos	1
Professora	6	Técnica de laboratório	1
Vendedora	7	Auxiliar de enfermagem	1
Servente	3	Técnica de enfermagem	2
Auxiliar de cozinha	2	Enfermeira	4
Cozinheira	4	Nutricionista	1
Costureira	1	Médica	1
Auxiliar administrativa	5	Promotora/representante comercial	3
Operadora de caixa	1	Comerciária	3
Atendente técnica	1	Empresária	2
Balconista	3	Autônoma/Faz bico	4
Assistente técnica	1	Corretora de imóveis	1

Auxiliar de cabeleleira	1	Brigadista	1
Cabelereira	1	Militar	1
Manicure	4	Servidora pública	2
Maquiadora	1	Advogada	2
Auxiliar de telemarketing	1	Jovem aprendiz	1

Fonte: COMPANHIA DE PLANEJAMENTO DO DISTRITO FEDERAL, 2015.

O quadro de ocupações acima indica que quase metade das mulheres em situação de violência está inserida em postos de trabalho de baixa complexidade, que exigem pouca escolaridade e qualificação profissional para o cumprimento das tarefas realizadas.

Das ocupações, apenas 8% supõem grau superior de formação educacional. A maior parte não exige formação básica e outra parte significativa não exige nem sequer o ensino fundamental.

Não há intenção aqui de relacionar diretamente o nível de escolaridade à condição de empregabilidade dessas trabalhadoras, porque é bem verdade que os dados sobre o mercado de trabalho brasileiro demonstram que “as ocupações mais geradoras de empregos não demandam alta escolarização” e indicam, inclusive, um cenário de subutilização da mão de obra qualificada (OLIVEIRA, 2015)⁷.

⁷ Situação que pode ser relacionada, em boa parte, à própria divisão

Apesar disso, não se pode ignorar o fato de que as ocupações que exigem baixa instrução são também aquelas que oferecem condições de trabalho mais precarizadas (OLIVEIRA, 2015). O padrão de rendimentos que essas atividades proporcionam às mulheres pode ser revelador dessa realidade.

Tabela 3⁸- Renda das mulheres encaminhadas ao SETPS em 2015

Renda	Individual	Familiar
Menos de 1 SM	11%	3%
1 SM	8%	6%
Entre 1 e 2 SM	33%	28%
Entre 2 e 3 SM	3%	9%
Entre 3 e 5 SM	3%	8%
Entre 5 e 10 SM	8%	13%
Acima de 10 SM	3%	11%
Não soube informar	2%	14%
Não possui renda	30%	8%

internacional de trabalho, que não atribui às nações periféricas e semiperiféricas atividades de maior complexidade industrial, que exigem maior qualificação da mão de obra. Portanto, a oferta de ocupações de baixa complexidade não é um processo natural ou aleatório, mas atende aos padrões do processo geral de produção capitalista e de acumulação do capital em âmbito internacional e nacional e, sendo assim, o aumento do nível de escolaridade da população e/ou a oferta de qualificação profissional por si só não são capazes de solucionar o desemprego estrutural e os problemas socioeconômicos enfrentados pela população mais empobrecida. (OLIVEIRA, 2015)

⁸ Dos prontuários analisados, só foi possível obter o dado sobre a renda nos casos em que a mulher aderiu ao atendimento do SETPS.

Fonte: Dados sociodemográficos extraídos dos prontuários de mulheres em situação de violência doméstica que foram encaminhadas em 2015 para participar de acolhimento junto ao SETPS/Gama

30% das mulheres não tinham nenhuma renda individual quando os dados foram coletados. Dado que convergiu com a própria situação ocupacional dessas mulheres, já que quase 30% delas estavam desempregadas ou eram “donas de casa”. Além disso, entre as que tinham alguma renda individual, 52% recebiam até dois salários mínimos e 37% das famílias viviam com essa mesma renda.

Se já havíamos identificado que o perfil das ocupações das mulheres é caracterizado pela baixa complexidade das tarefas realizadas e, concomitantemente, pouca exigência de qualificação profissional, agora também fica evidente que a maioria das ocupações gera rendimentos individuais baixos a elas. Mas os rendimentos familiares também são baixos, o que revela que essa não é uma condição exclusiva das mulheres.

Confrontando os rendimentos familiares das mulheres atendidas com o rendimento domiciliar da população do Gama em geral, notamos diferenças significativas. De acordo com Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios - Gama - PDAD 2015 quase 40% das famílias do Gama tinham renda entre 2 e 5 salários mínimos e 20 % tinham renda entre 5 e 10 salários mínimos, ao passo que 6,91% das famílias tinham a de até 1 salário mínimo e 17,21% entre 1 e 2 salários mínimos.

Já entre as famílias das mulheres atendidas: apenas 17% das famílias do Gama tinham renda entre 2 e 5 salários mínimos e 13% tinham renda entre 5 e 10 salários mínimos, ao passo que 9% das famílias tinham a de até 1 salário mínimo e 28% entre 1 e 2 salários mínimos.

A comparação acima nos permite afirmar que os rendimentos familiares das mulheres em situação de violência que participaram da pesquisa são significativamente inferiores aos da população do Gama em geral.

Não podemos fazer afirmações mais robustas acerca das condições gerais de vida dessas mulheres, considerando que nossos dados revelam apenas alguns aspectos das condições socioeconômicas, educacionais e de trabalho delas, sem revelar, por exemplo, o acesso a direitos sociais por intermédio de políticas públicas, informações sobre o convívio familiar e comunitário, etc.

Apesar disso, também não podemos desconsiderar que os dados revelaram que 49% dessas mulheres não concluíram a educação básica, 30% delas não tinham rendimentos individuais ou porque estão desempregadas ou exercendo atividade de natureza doméstica não remunerada. Dos 51% de mulheres que estavam exercendo atividade remunerada, a maioria estava em ocupações caracterizadas pela baixa complexidade das tarefas realizadas e por gerar baixos rendimentos individuais. Acrescendo-se ainda, o fato de o rendimento das famílias dessas mulheres também ser baixo em relação ao rendimento das famílias do Gama/DF.

Guimarães (2009) considera que o contexto familiar precisa ser analisado quando se avalia fatores de risco e proteção para ocorrência de violência intrafamiliar. Dentre eles, a situação de pobreza se constitui como fator importante a ser considerado em relação a outras variáveis.

Diante do exposto, as condições socioeconômicas, educacionais e de trabalho apresentadas acima dessas mulheres podem indicar que boa parte delas pode estar em situação de vulnerabilidade social⁹, o que certamente limita suas possibilidades e seus recursos para conseguir romper com as situações de violência doméstica as quais estavam ou estão expostas.

Embora não possamos desconsiderar que condições socioeconômicas precárias pressionam os contextos familiares violentos e dificultam sua superação, a associação direta entre pobreza e violência doméstica não se concretiza na realidade, porque mulheres de qualquer classe social podem sofrer violências de gênero. Neste caso, não podemos deixar de chamar a atenção para os dados que indicam que 18,4% das mulheres acessaram ou estão acessando o ensino superior, que 8% dessas mulheres estão em ocupações que exigem formação superior e que 8% delas têm

⁹ De acordo Carneiro e Veiga (2004 apud Janczura, 2012, p. 304) “vulnerabilidades e riscos remetem às noções de carências e de exclusão. Pessoas, famílias e comunidades são vulneráveis quando não dispõem de recursos materiais e imateriais para enfrentar com sucesso os riscos a que são ou estão submetidas, nem de capacidades para adotar cursos de ações/estratégias que lhes possibilitem alcançar patamares razoáveis de segurança pessoal/coletiva.”

rendimentos entre 5 e 10 salários mínimos e 3% acima de 10 salários mínimos.

Apresentar o perfil das mulheres e os dados sobre o contexto da violência (como faremos a seguir) representa o esforço investigativo de buscar compreender as questões que se entrecruzam na vida dessas mulheres, ainda que de forma muito limitada, já que a realidade sempre escapará aos limites dos nossos olhares.

3.2 Caracterização do contexto de violência

Além de buscar conhecer quem são as mulheres que compõem o público deste estudo, também procuramos conhecer o contexto de violência no qual elas estiveram ou estão inseridas. Neste caso, vejamos a tabela abaixo, indicando o vínculo com o autor de violência:

Tabela 4 – Vínculo com o autor da violência

Autor da violência		
Companheiro	42	22,1%
Companheira	1	0,5%
Ex-companheiro	40	21,1%
Ex-companheira	0	0,0%
Marido	21	11,1%
Ex-marido	12	6,3%
Namorado	10	5,3%
Namorada	1	0,5%

Ex-namorado	30	15,8%
Ex-namorada	2	1,1%
Filho	10	5,3%
Filha	2	1,1%
Pai	1	0,5%
Mãe	0	0,0%
Padrasto	2	1,1%
Madrasta	0	0,0%
Irmão	7	3,7%
Irmã	1	0,5%
Outro	8	4,2%
Dado não coletado	2	1,0%
Total	192	100,0%

Fonte: Dados sociodemográficos extraídos dos prontuários de mulheres em situação de violência doméstica que foram encaminhadas em 2015 para participar de acolhimento junto ao SETPS/Gama.

Na tabela identifica-se a predominância de relacionamentos amorosos, porque 22,1% dos autores de violência eram companheiros das vítimas, 21,1% eram ex-companheiros, 11,1% eram maridos, 6,6% eram ex-maridos, 5,3% eram namorados, 15,8% eram ex-namorados, 5,3% eram filhos, 3,7% eram irmãos, 4,2% tinham outros tipos de vínculo com as mulheres e os demais tipos de vínculo não ultrapassaram 1,1% (incluídos os relacionamentos homoafetivos).

Mas a maior parte dos dados relativos ao contexto de violência só foram colhidos a partir de um formulário de coleta

de dados aplicado durante a entrevista de acolhimento individual. E apenas 65 mulheres participaram desse procedimento ao longo do ano de 2015.

Para aproximadamente 25% dessas 65 mulheres, a pergunta relacionada ao tempo de relacionamento não se aplicou porque o autor não era seu parceiro íntimo, mantendo outra relação de parentesco com a entrevistada. Mas nos casos em que o autor tinha esse *status*, predominaram os casos de violência nos relacionamentos mais longos: 23,1% se relacionavam há mais de 10 anos com o autor, 12,3% tinham um relacionamento entre 6 e 10 anos com o autor, 20% entre 3 e 5 anos, 13,8% entre 1 e 2 anos e 6,2% de apenas alguns meses.

Entre as entrevistadas, 39,7% ainda mantinham o relacionamento com o autor e 60,3% não mantinham mais a relação no dia da entrevista. Dentre estas últimas, 34,9% haviam se separado antes do registro da ocorrência policial, 20,6% se separaram a partir do registro da ocorrência e 14,3% separaram-se posteriormente.¹⁰

Quanto à natureza das violências sofridas, 78,5% informaram ter sofrido violências físicas, 95,3% violências psicológicas, 15,6% violências sexuais, 62,5% violências patrimoniais, 84,4% violências morais. Observou-se também que, entre as entrevistadas, apenas 6,1% informaram ter sofrido apenas um

¹⁰ Para 30,2% das mulheres que participaram das entrevistas, essa pergunta não se aplicava, em sua maioria porque o autor não era seu parceiro íntimo, mantendo outra relação de parentesco com a entrevistada.

tipo de violência, enquanto 73,9% informaram ter sofrido entre 2 e 5 tipos de violências previstos pela Lei Maria da Penha.

O conjunto de dados apresentados indica que parte significativa dos casos estudados tem um quadro crônico e severo de violência contra a mulher. Entre os fatores que levaram a essa conclusão podemos citar que: na maior parte das vezes, a violência ocorreu em relacionamentos longos e envolvia de 2 a 5 tipos distintos de violência; além disso, 38,7% das mulheres informaram já ter registrado uma ou mais ocorrências policiais relativas à violência doméstica anteriormente e 47,6% disseram se sentir em risco no momento da entrevista no SETPS.

3.3 Expectativas das mulheres atendidas

Como se discutia nos capítulos anteriores, o papel de “vítima”, atribuído à mulher no cenário da violência, por muito tempo, colocou-a em um lugar de passividade, de não sujeito e desconsiderou a sua autonomia – processo de vitimização que foi reconhecido e combatido por muitas feministas desde que a linguagem de gênero foi adotada. Para Campos (2011),

A Lei Maria da Penha reflete a sensibilidade feminista no tratamento da violência doméstica. Ao desconstruir o modo anterior de tratamento legal e ouvir as mulheres nos debates que antecederam a aprovação da Lei 11.340/2006, o feminismo registra a participação política das mulheres como sujeitos na construção desse instrumento legal e sugere uma nova posição de sujeito no direito penal (CAMPOS, 2011, p. 9).

Com a Lei, as mulheres “em situação de violência doméstica e familiar”, para além de outros direitos garantidos, conquistaram

também o direito de falar e de serem ouvidas, inclusive no âmbito jurídico, seja por meio dos procedimentos tradicionais do Direito Penal (audiências) seja por intermédio das equipes multidisciplinares que passaram a integrar este espaço.

Na trilha das discussões feministas e da própria Lei, queremos entender nesta pesquisa que expectativas as mulheres em situação de violência nutrem ao recorrerem ao campo jurídico. Neste fulcro, relacionamos, a partir daqui, parte dos discursos das mulheres que participaram de entrevistas de acolhimento realizadas pelo Setor de Análise Psicossocial - SETPS/CPJGA/MPDFT. Ao fazer-lhes a pergunta “*O que você espera da justiça?*”, uma multiplicidade de vontades e de desejos foi expressa pelas mulheres, como pode ser visualizado na tabela abaixo.

Tabela 5 – Expectativa das mulheres em relação à atuação da justiça

Expectativas em relação à atuação da Justiça		
Advertência/orientação para o autor	2	2,7%
Que seus direitos fossem garantidos (pensão alimentícia, guarda do filho, posse de bens, etc)	5	6,8%
Mudança de comportamento do autor/violência acabe	12	16,4%
Punição/responsabilização do autor	13	17,8%
Prisão do autor	2	2,7%
Atendimento psicológico para o autor	7	9,6%
Tratamento para dependência química de álcool ou drogas	8	11,0%

Atendimento psicossocial para ela ou para familiares	3	4,1%
Continuidade do processo judicial.	2	2,7%
Que a justiça impeça o contato do agressor com ela e/ou familiares	9	12,3%
Ter paz/ seguir com a sua vida	4	5,5%
Que nada aconteça com ele	2	2,7%
Colocá-lo para trabalhar	1	1,4%
Sentir-se mais protegida	1	1,4%
Não respondeu com clareza	1	1,4%
Não soube responder	1	1,4%
Total de respostas	73	100,0%

Fonte: Dados sociodemográficos extraídos dos prontuários de mulheres em situação de violência doméstica que foram encaminhadas em 2015 para participar de acolhimento junto ao SETPS/Gama.

A expectativa de que a Justiça pudesse atuar para provocar nos autores de violência mudanças de comportamento ficou explícita em boa parte das falas e implícita em outras. Vejamos abaixo alguns relatos nos quais esse desejo ficou mais evidente:

“Espero mudança, da parte dele.”

“[...] que pensasse antes de agir.”

“Que ele veja que existe lei e que ele não faça com nenhuma outra [mulher] o que fez comigo, se não ficarem mais juntos.”

“Que a justiça dê um basta na situação!”

“Que ele consiga lidar com a situação da melhor forma possível depois que a gente se separar, porque ele precisa conviver com os filhos.”

“Queria que ajudasse ele a se restaurar.”

“Queria que ele parasse com as agressões, que vá trabalhar. Não quero o afastamento dele.”

“Espero que ele seja responsabilizado para não fazer o mesmo com outras mulheres.”

“Não quero o afastamento dele, mas quero que tudo isso acabe.”

“Que ele mude e cuide do filho.”

“Dar um basta nessa situação [de violência].”

“Conversar com ele e resolver a situação” (informação verbal).

Como se pode perceber, as mulheres entrevistadas recorrem ao sistema de Justiça na expectativa de que vários de seus problemas relacionais sejam resolvidos. Por exemplo, acreditam que a notificação pode forçar os autores a cuidar melhor dos filhos, a trabalhar, a manter diálogo com elas, a ter condutas não violentas, entre outras coisas.

Em outras falas, a expectativa de que a Justiça promovesse “mudanças de comportamento” ficou implícita na vontade de que os autores pudessem acessar serviços psicossociais e tratamentos para dependência química, por intermédio da própria Justiça.

É possível que essa expectativa das mulheres esteja relacionada aos mitos que envolvem a violência doméstica e o uso de álcool e outras drogas. A associação causal entre o uso de álcool e outras drogas e a prática de violência é muito comum e tem contribuído para justificar e desresponsabilizar autores de violência doméstica. De acordo com Guimarães (2009),

O consumo de álcool é usado como justificativa pelos homens como forma de autodesculpabilização, racionalização ou neutralização da violência. O abuso de álcool, desemprego, estresse e vários outros motivos favorecem a desresponsabilização do homem pela violência e como justificativa para mulheres permanecerem na relação e cuidar do parceiro, que muitas vezes é visto como um “doente” e que precisa de cuidado. Esses fatores favorecem para que tanto o homem quanto a mulher permaneçam na

relação, que percebiam o/a outro/a como uma pessoa de valor afetivo imprescindível a sua sobrevivência. Essa dependência dificulta imensamente a adoção de estratégias de autocuidado e autoproteção, tanto de homens quanto de mulheres envolvidos/as na violência conjugal (GUIMARÃES, 2009, p. 82).

Apesar de Guimarães (2009) analisar em sua pesquisa apenas casos de violência conjugal, é verdade que essa percepção equivocada também atinge as relações não conjugais.

Mas, considerando que as relações amorosas se constituíram como predominantes entre as situações estudadas, não podemos fechar os olhos para os diferentes posicionamentos em relação à manutenção ou ao rompimento da relação afetiva. Se para algumas dessas mulheres o fim do relacionamento era a solução vislumbrada, para outra parte não havia essa intenção quando foram buscar ajuda por meio da polícia e da Justiça. Em alguns casos, ainda, o término do relacionamento pareceu a opção mais acertada quando houve a prática da violência, mas deixou de fazer sentido logo após o registro do boletim de ocorrência e/ou no decorrer do processo judicial.

Esse campo tão amplo de expectativas e intencionalidades dessas mulheres não pode ser interpretado exclusivamente a partir da lente jurídico-normativa. Segundo Campos (2011),

A complexidade de lidar com um instrumento da modernidade [a Lei Maria da Penha] e com a variedade de relações sociais onde se articulam sujeitos múltiplos é, repita-se, um grande desafio. Articular as diversas posições discursivas do sujeito com suas variadas inscrições sociais implica em alargar as possibilidades do texto normativo, tendo a consciência de seus limites e tensões decorrentes (CAMPOS, 2011, p. 10).

Os múltiplos discursos nos sugerem que essas mulheres têm também múltiplos olhares, desejos, realidades, porque se por um lado elas lidam com regras estruturais que podem se aplicar a todas, por outro, vivenciam-nas subjetivamente. Daí decorre uma questão: as mulheres em situação de violência doméstica e familiar não são um ser genérico e a violência não é vivenciada por elas da mesma forma, porque a sua existência é atravessada por muitas outras questões. Para Campos (2011, p. 5), “[...] as mulheres são diversas e plurais e o gênero entrecruza-se com outras categorias, como raça/etnia, geração, sexualidade e capacidade, construindo um sujeito complexo e plural”.

O que se quer dizer é que papéis de gênero, questões sociais, culturais, econômicas, o acesso à educação, ao trabalho e à renda, sentimentos, afetos, sexualidade, entre outras coisas, atravessam os contextos violentos e impactam nas escolhas, vontades e intencionalidades dessas mulheres, que não podem ser enquadradas na lógica processual-penal da escolha objetiva entre prosseguir ou não com o processo.

Seguindo com a análise das expectativas das mulheres, observou-se que muitas delas esperavam que a atuação do sistema de Justiça pudesse impor limites às situações de violência e lhes oferecer condições para dar continuidade aos seus projetos de vida. Neste caso, esperavam que o autor fosse mantido afastado, que elas pudessem seguir “em paz” com a sua vida e que a Justiça facilitasse o acesso a direitos para ela e para sua família, como a regulamentação da guarda dos filhos, o acesso à pensão

alimentícia e a resolução de questões patrimoniais. Para Campos e Carvalho (2011), a Lei Maria da Pena

[...] realizou um choque de realidade no campo jurídico, impondo que as formas e os conteúdos do direito tenham correspondência com a realidade dos problemas sofridos pelas mulheres. Contrariamente à tradição do pensamento jurídico, a partir da reforma legal, é o sistema jurídico que necessita se adequar à realidade e não o contrário. Especificamente em relação à violência contra mulheres, a possibilidade de que, na mesma esfera jurisdicional, de forma concentrada e com economia de atos, possam ser resolvidas questões penais e de família representa importante inovação e, em termos pragmáticos, significa efetividade dos direitos (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 149).

Mas o que mais chamou a atenção nos discursos analisados foi o fato de que a maioria deles demonstraram expectativas não penais em relação à atuação judicial, apesar de historicamente a Justiça se apresentar como o braço coercitivo-repressivo do Estado, dando respostas penalizadoras à sociedade. De outra maneira, algumas falas revelaram que a memória de uma Justiça punitiva permanece viva e, de certa forma, também confirmam o foco nas intervenções não penalizadoras, ao manifestarem o receio de que o parceiro ou ex-parceiro fosse preso ou recebesse outras punições. Assim podemos constatar nas falas a seguir:

“Não quero nenhum mal para ele [...]”

“Não quero que ele seja preso, mas quero que receba algum tratamento [psicológico].”

“Só não quero na cadeia. Não quero prender. Queria que ajudasse ele a se restaurar.”

“Que não ocorra nada de mal para ele [a exemplo de ter o nome sujo].”

“Que ele pare de me procurar para não ser preso.”

“Quero revogar medida protetiva. Gostaria de psicólogo para ele. Não quero prejudicar emprego, ou prisão” (informação verbal).

Nas falas identificamos que as mulheres percebem os autores de violência, para além das violências cometidas, como pessoas com as quais têm laços afetivos e para as quais não desejam mal. Ao mesmo tempo, parecem não valorizar punições que limitem o direito de ir e vir do autor, que o impeçam de trabalhar ou que causem restrições à sua vida civil.

A aposta nos recursos não penalizadores pode ser constatada pelo fato de que um contingente inexpressivo de mulheres (2,7%) manifestou explicitamente o desejo de que o autor fosse responsabilizado com pena de prisão e, ao mesmo tempo, a perspectiva da responsabilização do autor foi mencionada em um número significativo de respostas (17,8%), com discursos como os seguintes:

“Espero que ele seja responsabilizado para não fazer o mesmo com outras mulheres.”

“Que a justiça seja feita pelo menos uma vez na vida.”

“Que ele seja responsabilizado por meio de tratamento.”

“Mostrar que ele está fazendo as coisas errado.”

“Quero que ele pague pelo que fez! A justiça dá muitas chances”.

“Mostrar que ela tem direitos iguais em relação a ele” (informação verbal).

O fato de 61,8% das mulheres manifestarem o desejo de prosseguir com o processo judicial também pode ser um indicador de que a maioria das mulheres acredita que o autor deva ser responsabilizado de alguma forma. 21,8% das mulheres

não queriam prosseguir com o processo e 16,4% não souberam responder.

Em pesquisa realizada por Izumino e Santos (2005), a autora fez uma análise do papel das mulheres na condução das queixas e dos processos penais de violência doméstica. No período da pesquisa, era a Lei nº 9.099/95 que normatizava os crimes de violência contra a mulher, mas já nessa época era possível notar que nem todas as mulheres buscavam a Justiça para criminalizar os parceiros autores de violência e que não era incomum que parte delas mudasse seu discurso no decorrer das fases processuais.

Entre *os casos que resultam em absolvição*, a principal característica observada é a mudança do relato apresentado pela mulher no decorrer do processo. Enquanto na fase policial o relato é dramático e indicador do desejo de punição do agressor, na fase judicial a mulher demonstra que já não há mais o desejo de que o agressor seja punido. Nesta nova versão dos fatos, a mulher narra que as agressões foram superadas e que o casal está vivendo em harmonia. Com base nos dados da pesquisa (processos penais), não se deve concluir que a violência conjugal tenha de fato sido interrompida. Mas verifica-se a mudança no interesse da mulher. [...] Na análise da autora, como as mulheres não têm poder para interromper o processo, elas desenvolvem diferentes estratégias perante a Justiça, utilizando-a, nesses casos, como instância mediadora para a renegociação do pacto conjugal. Nos *casos que resultam em condenação*, os depoimentos mantêm-se os mesmos em todas as fases do processo e, quando há diferenças, as novas informações servem para agravar a agressão. Nesses casos, as mulheres utilizam a Justiça para buscar a criminalização do agressor (IZUMINO; SANTOS, 2005, p. 10).

Para essas autoras, seja nos casos de absolvição ou nos de condenação, as mulheres têm um papel ativo na condução dos processos. Gomes (2013) acredita que o sistema de Justiça

(mesmo em sede da Lei Maria da Penha) não está preparado para receber a pluralidade das demandas apresentadas pelas mulheres em situação de violência e, quando elas não desejam criminalizar o seu parceiro ou se separar dele, são consideradas pessoas que não sabem o que querem, pouco merecedoras de direitos.

De acordo com Campos (2011, p. 2), “[...] uma das principais críticas feministas às ciências e disciplinas acadêmicas diz respeito à dicotomia ‘razão’ e ‘sensibilidade’ que sustentou a construção do pensamento científico moderno e que reflete a oposição entre masculino e feminino.” Quando uma mulher não deseja processar o companheiro ou mesmo não quer “puni-lo”, ela é percebida no campo da Justiça como um ser “irracional”, “emocionalmente instável”, o que, aliás, já são atributos frequentemente associados à “natureza feminina”.

Embora reconheçamos que abordagens como essas caracterizam boa parte das intervenções judiciais em relação às situações de violência, outras posturas também estão sendo construídas no sentido de compreender a complexidade da violência doméstica contra a mulher e de propor ações que extrapolem os processos de vitimização e culpabilização da mulher.

3.4 Respostas que o MDFT vem produzindo às mulheres em situação de violência moradoras do Gama

Vimos no decorrer deste artigo que a Lei Maria da Penha dispõe sobre o tratamento penal da violência doméstica e familiar

contra a mulher, mas também propõe adequações de natureza extrapenal ao sistema de Justiça, dentre as quais podemos chamar a atenção para a integração entre os serviços jurídicos e a rede de assistência à mulher e para a introdução de equipes multidisciplinares na composição do contexto de resolução desses conflitos pelo Judiciário.

Segundo Campos e Carvalho (2011, p. 144),

A integralidade no tratamento da violência doméstica prevista na Lei Maria da Penha diz respeito à aliança entre as medidas assistenciais, as de prevenção e as de contenção da violência, além do vínculo da esfera jurídica com os serviços de assistência em rede. Diferentemente da expectativa tradicional dos atores do campo jurídicopenal, a Lei 11.340/06 estabelece um catálogo extenso de medidas de natureza extra-penal que amplia a tutela para o problema da violência contra mulheres e, ao mesmo tempo, transcende os limitados horizontes estabelecidos pela dogmática jurídica.

Vamos observar, neste item, como as atribuições penais e não penais vêm sendo elaboradas pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a partir do recorte institucional da Coordenadoria de Promotorias de Justiça do Gama.

Nessa Região Administrativa, um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e três Promotorias de Justiça Especiais Criminais e de Defesa da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar recebem os boletins de ocorrências, cuja natureza é violência doméstica e familiar contra a mulher, encaminhados pelas duas delegacias de polícia da localidade.

Em atenção ao que a Lei Maria da Penha estabelece, o procedimento comum adotado no Gama quando uma mulher registra ocorrência policial em uma dessas delegacias e faz o requerimento de medidas protetivas de urgência é, em regra, encaminhar essas informações ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, onde as medidas protetivas de urgência serão analisadas pelo juiz no prazo de até 48h, e onde também será instaurado um inquérito policial para apurar a prática de crime. Geralmente, a mulher é ouvida, pelo menos uma vez, em audiência. Do ponto de vista processual-penal, ao Ministério Público (MP), por intermédio das Promotorias de Justiça Especializadas, cabe principalmente a responsabilização do agressor, mediante uma acusação formal, bem como conhecer de quaisquer violações dos direitos das mulheres e solicitar providências ao Judiciário, à polícia e as demais instituições que compõem a rede de atendimento.

Não foi possível, para fins desta pesquisa, analisar dados sobre o andamento processual e possíveis desfechos dos processos judiciais enquadrados na Lei Maria da Penha no Gama. O que significa dizer que as respostas penais, apesar de sua relevância, não serão abordadas aqui com mais detalhes, podendo posteriormente ser alvo de outras pesquisas.

Entretanto, como os recursos não penalizadores foram predominantes no item anterior – no qual levantamos o conjunto de expectativas que as mulheres em situação de violência doméstica tinham em relação à atuação da Justiça –, acreditamos

que a exposição de dados sobre os institutos não penalizadores adotados pela unidade do MPDFT no Gama pode nos dar mais pistas sobre a convergência ou não entre as expectativas das mulheres e as respostas oferecidas a elas no espaço jurídico.

Mas, antes disso, precisamos esclarecer como o MPDFT vem se organizando diante destas questões. O espaço jurídico não é impermeável às mudanças sociais e algumas iniciativas institucionais do Ministério Público podem demonstrar isso.

O MPDFT constituiu, no decorrer da última década, uma estrutura descentralizada de assessoramento psicossocial que, entre outras atividades, realiza atendimento especializado às mulheres em situação de violência doméstica e familiar na maior parte das Regiões Administrativas do Distrito Federal.

Interessante observar que, embora a Lei só tenha determinado a criação de equipes multidisciplinares vinculadas aos novos Juizados Especializados que instituiu, a adoção de equipes multidisciplinares parece ser um recurso que estava em sintonia com o papel de defensor da sociedade atribuído ao Ministério Público pela Constituição de 1988, bem como a uma nova perspectiva de atuação em relação à violência contra a mulher anunciada pela Lei Maria da Penha, acionando novas engrenagens à estrutura ministerial.

A adoção de equipes multidisciplinares parece ter a ver com o reconhecimento da complexidade que envolve as situações de violência contra a mulher no espaço doméstico e familiar, da transversalidade de gênero e da multiplicidade de fatores

que fazem parte do seu processo de produção e reprodução na sociedade. Sendo assim, a chamada de profissionais de outras áreas de formação e conhecimento se configura como um esforço no sentido de interpretar esse fenômeno de maneira mais ampliada e de oferecer respostas mais efetivas para o seu enfrentamento.

O assessoramento psicossocial é uma atividade que vem se desenvolvendo no âmbito do MPDFT desde 2002. Mas só após a publicação da Lei Maria da Penha e com o objetivo de desenvolver um trabalho especializado com tema violência doméstica, o processo de descentralização do serviço de assessoramento ganhou espaço e, entre 2013 e 2015, passou a existir na maior parte das Coordenadorias de Promotorias de Justiça do DF.

Atualmente os Setores de Análise Psicossocial - SETPS estão presentes no edifício-sede e em 14 Coordenadorias de Promotorias de Justiça: Brasília, Brasília II (Fórum Leal Fagundes), Brazlândia, Ceilândia, Gama, Guará, Núcleo Bandeirante, Paranoá, Planaltina, Riacho Fundo, Samambaia, Santa Maria, São Sebastião, Sobradinho e Taguatinga. Eles são vinculados funcionalmente à Coordenadoria Executiva de Psicossocial¹¹ e administrativamente às Coordenadorias de Promotorias de Justiças do MPDFT, localizadas nas Regiões Administrativas do

11 A SEPS foi criada em 30 de janeiro de 2002, por meio da Portaria nº 052/2002 e se chamava Núcleo de Perícia Social (Nupes). No decorrer de 2016, nova mudança na estrutura organizacional gerou nova mudança de nomenclatura, sendo denominada atualmente Coordenadoria Executiva de Psicossocial.

DF. Esses setores têm suas atribuições definidas no Regimento Interno do MPDFT, quais sejam:

I - assessorar as Procuradorias e Promotorias de Justiça em matéria de serviço social e de psicologia; II - realizar estudos e perícia psicossociais por meio de análise dos feitos, entrevistas, visitas domiciliares e institucionais, entre outros procedimentos técnicos necessários para avaliação e posterior emissão de relatórios técnicos; III - *realizar acolhimento coletivo ou individual das mulheres em situação de violência doméstica*; IV - *participar de rede social da Região Administrativa daquela Coordenadoria e, caso não exista, colaborar para sua organização*; V - sugerir aos Procuradores e Promotores de Justiça, ou de ordem desses, o encaminhamento das partes envolvidas nos processos analisados às instituições governamentais ou não governamentais; VI - manter atualizado os sistemas de informações das perícias psicossociais realizadas; e VII - desempenhar outras atividades que lhe forem determinadas, atinentes às atribuições da Unidade (DISTRITO FEDERAL, 2016, p. 94-95).

Obviamente, no campo institucional, essas atribuições são alvo de questionamentos e de reflexões, além de serem executadas a partir de metodologias de trabalho construídas e reconstruídas pelas equipes regionalizadas e pelo conjunto de servidores que as integram, sob a supervisão da Coordenadoria Executiva Psicossocial.

Retomando o nosso foco de análise à atuação do Setor de Análise Psicossocial do Gama junto às Promotorias de Justiça Especiais Criminais e de Defesa da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Gama, o serviço de assessoramento tem se desenvolvido tanto no que diz respeito aos casos individuais de violência doméstica contra a mulher, vinculados a processos judiciais, como também vem ganhando

grande impulso o trabalho com a rede de atendimento e com a comunidade local.

O atendimento às situações de violência doméstica e familiar contra a mulher que chegam ao SETPS/CPJGA por meio de processos judiciais também é nomeado pela equipe como “acolhimento”, que pode ser realizado em formato coletivo/grupo e/ou por meio de entrevistas individuais. Trata-se de um espaço que comporta entre os seus objetivos: orientar as mulheres sobre a Lei Maria da Penha e sobre os direitos garantidos por ela; instrumentalizá-las sobre aspectos jurídicos relativos à violência doméstica; fazê-las refletirem sobre as relações desiguais de gênero e sobre o ciclo da violência doméstica; além de apresentar-lhes os serviços disponibilizados pela rede de atendimento e, caso desejem, encaminhá-las a estes serviços. Além da dimensão interventiva deste trabalho, chamamos a atenção também para o caráter pericial, na medida em que também busca-se conhecer a situação atual das vítimas, avaliar o risco de reiteração da violência e, com base nas informações obtidas, encaminhar relatório a fim de subsidiar a atuação ministerial em relação ao processo penal.

Em relação aos encaminhamentos, foram realizados 95 às 65 mulheres que participaram de acolhimentos no ano de 2015. Dentre eles, 40,6% foram feitos para o Núcleo de Atendimento à Família e aos Autores de Violência Doméstica – NAFAVD; 9,4% ao Centro de Referência de Assistência Social – CRAS; 8,3% ao SENAC; 4,2% ao Centro de Atenção Psicossocial – Álcool e Drogas; 3,1% ao Programa de Assistência à Vítima de Violência –

PAV; 2,4% ao Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS; 2,1% ao Centro de Atenção Psicossocial – Saúde Mental e outros encaminhamentos corresponderam a 27,1%. Em relação aos autores de violência, o SETPS realizou apenas sugestões de encaminhamento (em sua maioria para atendimento psicossocial junto ao NAFVD), que podem ter sido acolhidas ou não pelos promotores de justiça, ou acordadas em audiência, mediante interesse do autor e como medida alternativa.

Em paralelo, o trabalho com a Rede de Atendimento Local ocorre com a participação do MPDFT, representado pelas servidoras do SETPS nas reuniões da Rede Intersetorial do Gama, que compreende instituições vinculadas a diversas políticas públicas e instituições não governamentais que prestam serviços variados à comunidade. Nessas reuniões, as instituições compartilham informações e discutem temas de interesse da região.

Mas também se desenhou um trabalho em rede direcionado especificamente à violência contra a mulher. A Coordenadoria de Promotorias de Justiça do Gama, sob a coordenação do SETPS, fomentou, em 2015, a criação da Rede de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher do Gama. Essa rede é constituída, principalmente, pelas instituições que recebem rotineiramente demandas dessa natureza, a exemplo dos equipamentos da Política de Assistência Social, CREAS, CRAS e NAFVD; da segurança pública, Polícia Militar e Civil; da Saúde, representada pelo PAV; da educação, representada pela Coordenação Regional de Ensino

e pelo Instituto Federal de Brasília – IFB e por órgãos do campo jurídico, como TJDF e MPDF, entre outras instituições locais.

Em 2016, o trabalho em rede foi planejado com auxílio da Secretaria de Planejamento – SECPLAN/MPDF, que subsidiou a elaboração do Projeto da Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, no qual foram traçados objetivos e planejadas ações que passaram a ser desenvolvidas desde o mês de fevereiro desse ano.

As ações desenvolvidas visam ao fortalecimento do trabalho em rede a fim de proporcionar um atendimento integral à população local, por meio do compartilhamento de informações entre as instituições, do levantamento do fluxo de atendimento às mulheres em situação de violência e da oferta de capacitação aos profissionais integrantes da rede.

Além disso, algumas ações são direcionadas diretamente à comunidade, a fim de aproximar Rede de Serviços e comunidade e proporcionar espaços de discussão coletivos sobre a temática violência contra a mulher. Entre as ações voltadas à comunidade no ano de 2016, podemos citar a elaboração e o lançamento de um Guia Prático de Serviços Locais e a organização de um evento em comemoração aos 10 anos da Lei Maria da Penha, tudo elaborado e organizado em rede.

Esse trabalho, apesar de ser muito recente dentro do campo jurídico, não se distancia do que tem sido pautado em âmbito nacional para o enfrentamento da violência contra mulheres. Conforme Pasinato (2015, p. 536),

A partir de 2010, acompanhando as mudanças que ocorreram relativamente às respostas institucionais para a violência contra as mulheres, a SPM revisou o conceito de rede que passou a ser adotado em suas políticas e ações. Nessa nova definição, estabelecesse uma distinção entre “rede de enfrentamento” e “rede de atendimento”. A separação entre as duas dimensões – de formulação/gestão da política e de sua execução – ganham novos contornos, mas são unidas pela mesma abordagem interdisciplinar e com a transversalidade de gênero em todas as suas etapas. O objetivo é dar maior institucionalidade às ações relativas à política nacional de enfrentamento à violência e promover sua capilarização através da atuação dos órgãos nas diferentes esferas de governo.

Das respostas empreendidas pela unidade do MPDFT no Gama, pode-se concluir que importantes avanços têm se desenhado para o enfrentamento da violência de gênero, numa perspectiva integral, para a defesa de direitos individuais indisponíveis e direitos coletivos às mulheres e não exclusivamente criminalizadora da violência doméstica. Avanços depositados, em boa parte, a atuação interdisciplinar entre o Direito, o Serviço Social, a Psicologia e a atuação articuladora do trabalho em rede.

Sendo assim, reconhecemos que a atuação da Justiça é fundamental para o enfrentamento da violência contra a mulher, mas precisa, em primeiro lugar, reconhecer a complexidade desse fenômeno e, em segundo, atuar de forma articulada com outras áreas de intervenção.

4 Considerações finais

A primeira parte desse artigo permite que compreendamos como se deu o processo de construção dos direitos das mulheres,

protagonizado pelo movimento feminista, abordado sob estudos e pesquisas desenvolvidos sobre o assunto e pelas pressões políticas dirigidas ao Estado brasileiro a fim de imprimir um novo paradigma normativo e a construção de um aparato estatal complexo de enfrentamento à violência doméstica.

Duas questões parecem ser centrais aqui: a) a violência doméstica contra a mulher só pode ser enfrentada por políticas e ações que a reconheçam como uma expressão das relações desiguais de gênero; b) a Lei Maria da Penha deve ser compreendida como uma política intersetorial e multidisciplinar, articuladora de ações de proteção às mulheres em situação de violência no âmbito dos três poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) e nos três níveis de governo (União, estados e municípios) (PASINATO, 2015).

Mas, além disso, interessa-nos refletir como as questões acima são pensadas dentro do universo jurídico. Em relação à primeira questão, a interpretação da violência contra a mulher como uma forma de dominação masculina é obstaculizada no campo jurídico, porque o Direito (como disciplina) e as práticas jurídicas foram historicamente construídos como instrumentos de dominação masculina. As doutrinas jurídicas são criadas em um contexto social desigual de gênero, classe social e raça, sendo perpassadas pela divisão sexual do trabalho e pela subjetividade dos seus doutrinadores (Campos, 2011).

Em relação à segunda questão, atualmente o sistema de Justiça vê-se compelido a ampliar suas práticas de enfrentamento

da violência contra a mulher e, mantendo a repressão da criminalidade como uma frente importante de atuação, agrega as práticas não criminalizadoras ao seu campo de intervenção, o que foi constatado em relação à atuação do MPDFT.

Os dados analisados revelaram que a maior parte das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, moradoras do Gama e atendidas pelo respectivo Setor de Análise Psicossocial/MPDFT, ao buscar o sistema de Justiça tinha expectativas relacionadas a mudanças de comportamento de seus parceiros e ex-parceiros, e boa parte delas mencionou que esperava que os autores pudessem acessar atendimento psicossocial e/ou tratamento para dependência química por intermédio da Justiça. O desejo de que a Justiça pudesse impor limites à violência também apareceu com frequência nos discursos, mas ora ficava explícito, ora implícito.

Algumas mulheres também manifestaram interesse em resolver questões da esfera cível, como regulamentação de guarda, pensão alimentícia e questões patrimoniais, reforçando a relevância das mudanças impostas pela Lei Maria da Penha, ao criar Juizados Especiais para tratar, ao mesmo tempo, das questões criminais e cíveis relacionadas à violência doméstica contra a mulher.

Do total de mulheres entrevistadas, a maioria tinha interesse na continuidade do processo. Mas, ao serem questionadas sobre as suas expectativas em relação à Justiça, de um lado, um número significativo de mulheres manifestou interesse na

responsabilização do parceiro ou ex-parceiro e, de outro, um percentual pouco expressivo acreditava que a prisão deveria ser o recurso adotado pela Justiça. A existência de Promotorias de Justiça que tratam especificamente da violência doméstica é um avanço decorrente da Lei que merece destaque, tendo em vista a complexidade do tema e a necessidade de um aparato jurídico preparado para propor soluções efetivas às pessoas envolvidas em situação de violência doméstica.

Entretanto, dos discursos analisados, concluímos que a maior parte das expectativas das mulheres ao buscar a Justiça está relacionada a respostas extrapenais. E, nesse aspecto, vimos que o MPDFT tem usado duas estratégias centrais de atuação no Gama, a saber: a) a realização de acolhimento de mulheres pelo Setor de Análise Psicossocial, que, entre outras coisas, oferece informações sobre direitos e orientações sobre os serviços disponíveis na Rede de Atendimento, bem como efetiva o encaminhamento dessas mulheres em situação de violência a tais serviços; b) a execução do Projeto Institucional da Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher do Gama, que se constitui como um diferencial da Promotoria do Gama, considerando que, nele foram definidos objetivos e diretrizes de atuação para essa Rede, que atua tanto no sentido de aprimoramentos dos serviços institucionais oferecidos à população local quanto em ações diretamente com a própria comunidade (parte desse trabalho foi descrito no item anterior 4.4).

Ambas as estratégias fazem parte do campo de atuação interdisciplinar forjado entre o Direito, o Serviço Social e a Psicologia no âmbito do MPDFT postas em prática pelos Setores de Análise Psicossocial, vinculados à Coordenadoria Executiva Psicossocial e as Coordenadorias Administrativas regionalizadas.

Title: The role of the Public Prosecutor's Office in Gama in the cases of domestic violence: seeking new forms to confront it

Abstract: There have been changes and tendencies which have reached the Public Prosecutor's Office in the last decades. In the wake of them and, specially of those which have arisen after the enactment of the Maria da Penha Law in 2006, I set myself to producing a gathering of the expectations which women in situation of domestic violence have regarding the role of Justice and, also, of the meetings of such expectations. The study herein proposed is grounded in data collected from the patient records of women cared for by the Psychosocial Analysis Sector of the Public Prosecutor's Sector in Gama, a branch office of the Public Prosecutor's Office of the Federal District and Territories (MPDFT). I commenced my analytical trajectory by making a collection on the events and important aspects of the construction of women's rights in Brazil. Afterwards, the data from the patient records in the Psychosocial Analysis Sector of the Public Prosecutor's Sector in Gama and those from the attending interviews with women in situation of domestic violence were gathered. Such data collection made it possible to develop a social and demographic profile of women, identify the main expectations relating to the role of Justice and find out part of the responses given by the MPDFT. From the analysis of discourses, it was possible to make out that most of women's expectations relates to answers out of the ambit of criminal law. In this regard, it was possible to ascertain that the MPDFT has been making use of two central strategies of action in the Gama City – DF, namely: the Psychosocial Analysis Sector's treating of women, as well as the Public Prosecutor's acting to articulate the networking, specially by means of the institutional project known as the Gama

City's Network for Confronting Violence against Women.

Keywords: Domestic violence. Justice action – women's expectations. Domestic violence – MPDFT's action.

Referências

ARAÚJO, Annamaria da Silva. *Política social pública de enfrentamento a violência contra a mulher: uma tentativa de garantia dos direitos humanos das mulheres*. 2011. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/QUESTOES_DE_GENERO_ETNIA_E_GERACAO/POLITICA_SOCIAL_PUBLICA_DE_ENFRENTAMENTO_A_VIOLENCIA_CONTRA_A_MULHER.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2016.

BANDEIRA, Lourdes. Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 24, n. 2, p. 401-438, maio 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v24n2/04.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

BARSTED, Leila Linhares. O avanço legislativo contra a violência de gênero: a Lei Maria da Penha. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 90-110, jan. 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_90.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Lex*. Brasília, DF, 1995.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Lex*. Brasília, DF, 2006.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 143-169.

CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-12.

COMPANHIA DE PLANEJAMENTO DO DISTRITO FEDERAL (Codeplan). *Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios - PDAD 2015 - Gama*. Disponível em: <http://www.codeplan.df.gov.br/images/CODEPLAN/PDF/pesquisa_socioeconomica/pdad/2015/PDAD_Gama_2015.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2016.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Anexo da Portaria Normativa nº 423, de 2 de março de 2016. *Regimento Interno*. Brasília, 2016. Atualizado pela Portaria Normativa nº 432, de 11 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/legislacao_normas/RegimentoInterno.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2016.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Ministério Público e Lei Maria da Penha*. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9305/ministerio-publico-e-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 8 ago. 2016.

GOMES, Camila de Magalhães. Lei Maria da Penha, feminismo e sistema de justiça criminal: uma abordagem teórica a partir das criminologias feministas. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 10., 2013, Florianópolis. *Anais Eletrônicos*. Florianópolis: UFSC, 2013. p. 1-12. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1384174579_ARQUIVO_LeiMariadaPenha.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2016.

GUIMARÃES, Fabrício. “*Mas ele diz que me ama...*”: impacto da história de uma vítima na vivência de violência conjugal de outras mulheres. 2009. 170 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia)-Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

IZUMINO, Wânia Pasinato; SANTOS, Cecília Macdowell. *Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil*. 2005.

Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

JANCZURA, Rosane. Risco ou vulnerabilidade social? *Textos & contextos*, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 301-308, ago. 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/12173>>. Acesso em: 1 set. 2016.

OLIVEIRA, Ramon de. Precarização do trabalho: a funcionalidade da educação profissional. *Revista Diálogo Educacional*, Curitiba, v. 15, n. 44, p. 245-266, jan. 2015. Disponível em: <www2.pucpr.br/reol/index.php/dialogo?dd99=pdf&dd1=15042>. Acesso em: 1 ago. 2016.

PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha: entre avanços, obstáculos e desafios. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 533-545, ago. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2015000200533&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1 ago. 2016.

PONTES, Reinaldo Nobre. *A categoria de mediação em face do processo de intervenção do serviço social*. 2015. Disponível em: <<http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/congresos/reg/slets/slets-016-104.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

RIBEIRO, Renato Janine; CORTELLA, Mário Sérgio. *Política: para não ser idiota*. São Paulo: Papyrus, 2013.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Centro de Ciências da Saúde. Políticas públicas no enfrentamento da violência. In: *Curso Atenção a Homens e Mulheres em Situação de Violência por Parceiros Íntimos - Modalidade a Distância*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2014.

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

VELAME, Laiane Vasconcelos Leão. A atuação da Promotoria de Justiça do Gama nos casos de violência doméstica: buscando novas formas de enfrentamento. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 217-274, 2019. Anual.

Submissão: 28/4/2017

Aceite: 25/8/2017

Princípios norteadores do emprego do cão de captura dentro do uso diferenciado da força e o Direito Penal

Raimundo Ricardo Alexandre

Policial Militar da Polícia Militar do Distrito Federal – PMDF - desde 1995, na atual graduação de 3º Sargento. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público, pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FESMPDFT. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Unieuro.

Resumo: Este estudo busca incentivar a normatização do trabalho do cão policial como instrumento de menor potencial ofensivo. Os atos praticados pelo animal em exercício de busca e captura não possuem legitimação que respalde a conduta do “policial caçador” como uso legítimo e progressivo da força por parte do Estado. A análise realizada neste trabalho traz à luz o uso do agente canino como instrumento do Estado com vistas a subsidiar a regulamentação da legitimidade dos atos praticados por eles, tendo em vista a iminente necessidade desse respaldo jurídico para que o “agente estatal” possa trabalhar com eficiência na execução dos seus atos, que precisam ser, ao menos, legítimos, pertencer a um “mundo jurídico”, sob pena de serem tidos como ilegais.”. O Estado não permite o uso de armas letais em primeiro plano, exceto, dentro de uma das excludentes existentes em nosso ordenamento jurídico, mais um fator em favor das ponderações feitas acerca do cão como instrumento de menor potencial ofensivo.

Palavras-chave: Princípio da legalidade. Segurança pública - cão policial de captura. Uso progressivo da força. Princípio da eficiência.

Sumário: Introdução. 1 Princípio da legalidade. 2 Princípio da proporcionalidade. 3 Princípio da necessidade. 4 Princípio da eficiência. 5 Princípio da moderação. 6 Princípio do uso da força. 7 Conclusão. Referências.

Introdução

O cão policial de captura como instrumento de trabalho está inserido no cotidiano do serviço operacional, ou seja, na manutenção da ordem pública. Todavia, até hoje, não há um respaldo jurídico para a utilização formal do cão como instrumento de menor potencial ofensivo. Ele já vem sendo utilizado nessa função por forças estrangeiras, como, por exemplo, nos Estados Unidos da América (UNITED STATES POLICE CANINE ASSOCIATION - USPCA - USPCA¹), que emprega o cão como instrumento menos letal de apoio operacional.

No Brasil, as instituições de segurança pública utilizam a espécie canina em funções de policiamento, em atividades de defesa social e em busca e captura de fugitivos em quase todos os seus estados (BRASIL, 2011).

No Distrito Federal, no seu atual momento jurídico, não há uma norma permissiva direcionada ao uso de cães como instrumento de menor potencial ofensivo. Isso pode caracterizar uma omissão do Estado, uma vez que ofende o princípio da legalidade incorporado ao texto constitucional entregar aos agentes aplicadores da lei um instrumento que vai ser utilizado na manutenção da ordem pública, mas que não possui uma norma que autorize seu uso.

Uma vez disciplinado e normatizado o uso correto e eficaz de uma arma de detecção e caça – neste caso, a canina - como um

¹ USPCA - United States Police Canine Association K-9. Disponível em: <<http://www.uspcak9.com/caselaw/patrol.html>>.

instrumento de menor potencial ofensivo, tanto a Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF), quanto a sociedade - albergada em relação aos direitos humanos - estarão protegidas juridicamente.

1 Princípio da legalidade

Trata-se de um princípio baseado na aplicação do Estado de Direito, oriundo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) (SARLET, 2012, p.58).

O Código Penal da Bavária (1813) foi a primeira legislação penal a incorporar o ‘princípio da legalidade’ (SANTOS, 2010, p. 20). Em nosso ordenamento jurídico, temos este princípio cristalizado na Carta Maior (Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XXXIX) e, nos mesmos dizeres, presente também no Código Penal, art. 1º, *in verbis*: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Daí então, como toda norma advém desse princípio, Paulo Queiroz preleciona:

O princípio da reserva legal implica a máxima determinação da taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritamente, de modo a preservar efetividade do princípio (QUEIROZ, 2008 *apud* GRECO, 2009, p. 97).

O uso da força e de seus instrumentos por parte dos agentes de segurança pública é balizado pela legislação que foi adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas:

Os governos e organismos de aplicação da lei devem adotar e aplicar regras sobre a utilização da força e de armas de fogo

contra as pessoas, por parte dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei. Ao elaborarem essas regras, os Governos e os organismos de aplicação da lei devem manter sob permanente avaliação as questões éticas ligadas à utilização da força e de armas de fogo (NAÇÕES UNIDAS, 1990).

Trazendo para a legislação do Estado brasileiro, o princípio da legalidade foi inserido na Lei nº 13.060, de 22 de dezembro de 2014, quanto ao uso de instrumentos de menor potencial ofensivo, disciplinando, em seu art. 1º, “[...] o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública em todo o território nacional” (BRASIL, 2014).

Essa norma necessita de complementação para que os agentes de segurança pública compreendam, no âmbito de aplicação do preceito primário da referida Lei, a “Norma Penal em Branco” (GRECO, 2009, p. 22).

No que diz respeito aos “instrumentos de menor potencial ofensivo”, a Lei não classifica quais são esses instrumentos que o agente de segurança pública pode utilizar. Por isso, é possível supor que a referida Lei careça de complementação para apontar quais são esses instrumentos.

Nesse contexto, torna-se imprescindível a adoção da mesma medida para os casos previstos na Lei nº 13.060/14 (lei de uso de instrumentos de menor potencial ofensivo), ou seja, edição de portaria que complemente a referida lei, com definição de quais são os instrumentos de menor potencial ofensivo - inclusive com a introdução do canino -, para que os agentes de segurança pública tenham condições legais para utilização desses instrumentos.

Portanto, a Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF) pode editar uma portaria, dentro sua competência, normatizando o cão como instrumento de menor potencial ofensivo, em complemento à Lei nº 13.060/14. Por oportuno, é nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) na MC nº 009135/RS (2004/0153981-9) – Administrativo, do relator Ministro Castro Meira, julgado em 1º/8/2005:

ADMINISTRATIVO. BANCOS. LEI MUNICIPAL Nº 441/91. COMPETÊNCIA. 1. A Lei Municipal nº 441/91, de Cotia (SP), não se reveste de ilegalidade e não conflita com a Lei 7.102/83 - que nada dispõe sobre o uso de animais nos serviços de vigilância -, vez que regulou matéria de interesse local e afeta a sua competência. 2. A Constituição Federal, no artigo 30, incisos I e II, admite legislação municipal supletiva, desde que atenda aos interesses da comunidade local, sem que isso represente invasão da competência da União. 3. Recurso especial improvido (Resp nº 47134, DJU de 1.6.2004).

É o caso concreto em que a PMDF pode editar uma portaria normatizando o uso do cão como instrumento de menor potencial ofensivo sem que invada competência de outro ente administrativo.

No caso do cão de captura, haverá o contato físico com o criminoso; e sendo este um meio contundente que a norma não autorizou a utilização, em nosso modesto entendimento, cumpre ao Comandante-Geral da PMDF editar uma portaria legitimando o uso do cão de captura como instrumento de menor potencial ofensivo.

Vejamos o que diz Diógenes Gasparini:

O campo de atuação do Estado é bem menor do que o particular. De fato, o particular pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; e o Estado só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza (GASPARINI, 2012, p. 61).

Assim sendo, ressalta-se a importância da normatização do uso do cão de captura e, por fim, a regulamentação da Lei nº 13.060/14, que não versa sobre instrumentos de menor potencial ofensivo.

Nesse íterim, o professor Sanzo Brodt (1996 *apud* Greco, 2014, p. 80) explica que “[...] para a execução de tal escopo, o encarregado de cumprir a determinação legal somente poderá valer-se de meios permitidos pela ordem jurídica e de modo que lese o menos possível o interesse dos particulares”.

À luz desse princípio, o uso do cão de captura, por não estar normatizado, é vedado ao agente de segurança pública, pois, caso o utilize, estaria cometendo o crime de abuso de autoridade (BRASIL, 1965).

Ademais, o princípio da legalidade é violado se alguém for capturado ou detido com base em princípios que não estejam claramente estabelecidos na legislação nacional ou que sejam contrários a ela (ROVER, 2005, p. 239). A importância da normatização do uso do cão está atrelada ao Estado garantidor, como define Silva Sánchez (1992 *apud* CASTANHEIRA, 1998, p. 113), pois o princípio deve funcionar como uma ‘barreira’

intransponível a proteger o indivíduo ou o delinquente, frente às intervenções do Estado.

Assim, ancorado na Portaria Interministerial nº 4.226/10, constata-se este princípio explícito: “[...] os agentes de Segurança Pública só poderão utilizar a força para a consecução de um objetivo legal e nos estritos limites da lei” (BRASIL, 2010).

2 Princípio da proporcionalidade

Tendo por base a obra *Dos Delitos e das Penas*, de autoria do Marquês Cesare Beccaria (1978, p. 225), conclui-se que mais fortes devem ser os obstáculos que afastem os homens dos crimes; assim, deve existir uma proporção entre os delitos e as penas.

Do princípio da proporcionalidade são extraídas duas importantes facetas: a proibição de excessos (*ubermassverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) (GRECO, 2014, p. 12).

Sobre essa questão, os professores Nestor Távora e Rosmar Alencar explicam:

Proibição de excesso, limitando os arbítrios da atividade estatal, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vedando-se a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime [...]. Proibição de proteção deficiente, isto é, o Estado atua como garantidor eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões. Portanto, a atividade estatal protetiva não pode ser deficitária, o que pode desaguar nulidade do ato (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 77).

Dessa forma, o cão de captura atuará de forma proporcional quando o cometimento do delito e o cenário do crime assim o

exigirem; por exemplo, quando houver um criminoso utilizando qualquer tipo de arma e colocando em risco a vida de terceiros ou dos agentes aplicadores da lei.

Portanto, “[...] as armas não-letais são alternativas viáveis, permitindo que o policial se mantenha a uma distância segura enquanto faz uso do engenho” (ALEXANDER, 2003, p. 78).

Nesse sentido, Guerra Filho (1989 *apud* LIMA, 2015, p. 88) aduz: “Resumidamente pode-se dizer que uma medida é adequada se atinge o fim estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.

Em resposta às infrações, a proporcionalidade é um conceito segundo o qual a força inserida está limitada à intensidade necessária e apropriada para conter ações do agressor (ALEXANDER, 2003, p. 291).

Franco também disserta sobre esse princípio:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade de fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção (FRANCO, 2000 *apud* GRECO, 2014, p. 10).

Ao se utilizar do cão de captura, deve-se observar se este emprego será adequado ou não. Em uma circunstância concreta, o condutor tem que primar por todos os meios necessários e legítimos para não cometer erros. É o que explica o Comitê Internacional da Cruz Vermelha:

Na proporcionalidade deve haver um equilíbrio entre a perda de vida civil prevista: o ferimento de civis e os danos aos bens civis, por um lado; e a vantagem militar concreta e direta, por outro. São proibidos os ataques que possam infligir danos excessivos aos civis ou aos bens civis (COMITE INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 2009, p. 45).

No contexto da Administração, “[...] quanto ao meio de ação, a autoridade sofre limitação, mesmo quando a lei lhe dê várias alternativas possíveis quando os meios e os fins forem proporcionais” (DI PIETRO, 2013, p. 128).

Esse princípio também encontra guarida na Lei nº 13.060/2014, sobre o uso de instrumentos de menor potencial ofensivo, no art. 2º, inciso III – “razoabilidade e proporcionalidade”.

Com base nisso, torna-se legítimo o uso do canino, tendo-se a certeza de que a mordida do cão não será mais contundente do que o uso da arma de fogo.

Todavia, é necessária a observação dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei (PBUFAF):

Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei, no exercício das suas funções, devem, na medida do possível, recorrer a meios não violentos antes de utilizarem a força ou armas de fogo [...] e, quando utilizá-las, fazê-lo com moderação, tendo-se em conta que a sua ação deve ser proporcional à gravidade da infração e ao objetivo legítimo a alcançar (NAÇÕES UNIDAS, 1990).

Vale dizer que esse princípio não pode ser invocado para sobrepor-se às garantias e aos direitos individuais do acusado; mas há possibilidades de sua aplicação em caso extremo e de

necessidade inadiável e incontornável (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 78).

Nesse mesmo entendimento, a *United States Police Canine Association K-9* (USPCA) assim se posiciona:

Quando aplicado aos cães de polícia, o padrão razoável de necessidade significa que uma mordida de cão é a força justificável e lícita somente se a ameaça aos agentes ou terceiros for grave; a necessidade de força deve ser suficiente para justificar o prejuízo de uma mordida de cão. Uma mordida de cão não é diferente de uma laceração infligida por um golpe de cassetete. A necessidade de força, e não o ferimento infligido, torna essa força legal ou ilegal (UNITED STATES POLICE CANINE ASSOCIATION, 2015, tradução nossa).

Vale destacar que o policial, na condução do cão de captura, vem tendo amparada a sua conduta dentro desse princípio, pois, como já dito, ainda não há uma norma específica que ofereça uma segurança jurídica aos condutores de cães de captura.

3 Princípio da necessidade

“O ‘princípio da adequação’ e o ‘princípio da necessidade’ têm por objeto a otimização das possibilidades da realidade, do ponto de vista da adequação e das necessidades dos meios em relação aos fins propostos” (SANTOS, 2010, p. 27).

Cães preparados reduzem significativamente a quantidade de tempo gasto na procura de um objeto, além de muitas vezes serem mais sensíveis, confiáveis e práticos do que qualquer outro meio de detecção (MICHELETTI, 2014, p. 8).

É o policial que define a dinâmica do seu próprio trabalho, em função das prioridades, dos recursos disponíveis, das

características da área, dos problemas e do público envolvido (DIAS NETO, 2000, p. 107-108).

É de grande importância o ingresso do cão de captura no seio da segurança pública. Faz-se mister seu papel institucional frente às ocorrências atuais, como, por exemplo, detecção de entorpecentes e de explosivos, captura, dentre outros, por ser um instrumento seguro, eficaz e de pronto emprego por quem o conduz.

Garante também ao procurado ou criminoso o direito de rendição, evitando conflitos armados, pois o cão de captura é sempre comandado por um policial. É isso que faz do cão um instrumento de menor potencial ofensivo.

A Portaria Interministerial nº 4.226/2010 preconiza que “[...] determinado nível de força só pode ser empregado quando o nível de menor intensidade não for suficiente para atingir os objetivos legais pretendidos” (BRASIL, 2010).

4 Princípio da eficiência

No ordenamento pátrio constitucional, art. 37, foi inserido o princípio da eficiência pela Emenda Constitucional (EC) nº 19/98, que orienta a atividade administrativa no sentido de se alcançarem os melhores resultados com os meios escassos disponíveis e a menor custo (MELLO, 2014, p. 671).

O princípio da eficiência fundamenta o uso legal da força, utilizando o cão de captura como instrumento mais eficaz para aplicação da lei.

Constatam-se relatos do emprego eficiente desses cães em processos judiciais, como observado na decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Agravo de Recurso Especial (AREsp) nº 087751/MG, de relatoria do Ministro Vasco Della Giustina, julgado em 13/4/2012².

A exordial acima narra que a apreensão de onze porções de substância de entorpecentes *crack* e de uma porção de maconha, que estavam enterradas na areia, só foi possível devido ao auxílio do cão farejador.

Contudo, esse grau de eficiência é obtido em decorrência de muita dedicação no aperfeiçoamento do cão para busca e captura. É pelo fato de o cão de captura se destacar pela precisão do seu olfato que ele está a serviço da segurança pública. Portanto, está de acordo com os Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo (PBUFAF), conforme se verifica:

Os Governos e os organismos de aplicação da lei devem garantir que todos os funcionários responsáveis pela aplicação da lei sejam selecionados de acordo com procedimentos adequados e que possuam as qualidades morais e aptidões psicológicas e físicas exigidas para o bom desempenho das funções e recebam uma formação contínua e completa (NAÇÕES UNIDAS, 1990).

O “princípio da eficiência” traz no seu conteúdo a inter-relação entre os “meios” e os “resultados” (MELLO, 2014, p.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Apelação Criminal - Uso de drogas. Recurso Ministerial – finalidade mercantil do entorpecente comprovada - condenação pelo delito de tráfico. Recurso provido - Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=087751.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 5 jul. 2015.

671). Em razão disso, o cão de captura será sempre um instrumento hábil em face das necessidades da sociedade para combater o crime.

5 Princípio da moderação

Este princípio encontra-se na Portaria Interministerial nº 4.226/2010 do Ministério da Justiça (MJ), que orienta que o emprego da força deve ser proporcional e moderado, visando sempre a sua redução por parte dos agentes de segurança pública.

O emprego da força também está inserido nos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei (PBUFAF), conforme o artigo 5º, alínea “a”, *in verbis*: “[...] utilizar a força desde que seja com moderação, e a sua ação deve ser proporcional à gravidade da infração e ao objetivo legítimo a alcançar” (NACÇÕES UNIDAS, 1990).

Em entendimento doutrinário, o professor Rogério Greco (2009, p. 349) aduz que “[...] além do agente selecionar o meio adequado à repulsa, é preciso que, ao agir, o faça com moderação, sob pena de incorrer no chamado ‘excesso’”. Nesse contexto, é melhor usar o cão de captura como um “meio moderado”, uma vez que ele constitui um instrumento menos letal; e a sua utilização deve ser regrada de cuidados a ponto de não se cometerem excessos por parte do policial que o conduz.

Para verificar se o uso do meio necessário foi moderado ou não, é preciso que se tenha definindo o momento em que o agente

consiga fazer cessar a agressão praticada contra ele. Após esse marco, será ‘excesso’ (GRECO, 2009, p. 350).

Quando o cão de captura alcança o seu objetivo, que é a caça - no caso, o criminoso - a reação imediata do caçador é cessar a agressão, dando o comando nesse sentido ou retirando o cão.

O policial responsável pela aplicação da lei deve pautar a sua conduta à vista de todos os princípios anteriormente citados, a fim de que as suas ações estejam balizadas na manutenção da ordem pública perante a sociedade.

6 Princípio do uso da força

A atuação dos agentes da segurança pública destaca-se conforme estabelece a Carta Magna de 1988, no seu art. 144. Foram instituídas as escolas de polícia, onde os futuros formandos da organização seriam municiados com os valores, os conhecimentos e as aptidões exigidos para a atividade policial (DIAS NETTO, 2000, p. 30). Logo, os policiais terão que se valer de força em dado momento, porém “[...] qualquer ação Estatal, que envolva o uso da força, deve ser realizada na medida exata, legitimamente, em respeito aos direitos e garantias fundamentais e, acima de tudo, à dignidade humana” (BETINI; DUARTE, 2013, p. 88).

Reiss (1985 *apud* DIAS NETO, 2000, p. 37) afirma que “[...] o emprego da força deixou de ser uma questão filosófica, para ser uma questão de onde, quando e quanto”.

Os agentes aplicadores da lei devem se valer de normas internacionais que orientem e padronizem o uso correto da força, como preconiza a Organização das Nações Unidas (ONU).

Tanto no Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, em que se enfatiza os Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei (PBUFAF) e quanto no Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (CCFRAL), encontramos discriminados esses dispositivos, *in verbis*: “[...] Princípio 3º- Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei só podem empregar a força quando tal se afigure estritamente necessário e na medida exigida para o cumprimento do seu dever” (NAÇÕES UNIDAS, 1978).

Nesse raciocínio, uma vez disciplinados os princípios para adoção do uso da força, os agentes da segurança pública terão o poder de se valer da força, mas de forma coerente e racional perante uma situação de conflito.

Por sua vez, os Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei (PBUFAF) preconizam, em seu Princípio 5º, *in verbis*:

Sempre que o uso da força ou armas de fogo for indispensável, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem:

- a - Utilizá-las com moderação e a sua ação deve ser proporcional à gravidade da infração e ao objetivo legítimo a alcançar;
- b - Esforçar-se por reduzir ao mínimo os danos e lesões e respeitarem e preservarem a vida humana;

- c - Assegurar a prestação de assistência e socorros médicos às pessoas feridas ou afetadas, tão rapidamente quanto possível;
- d - Assegurar a comunicação da ocorrência à família ou pessoas próximas da pessoa ferida, tão rapidamente quanto possível (NAÇÕES UNIDAS, 1990).

Esse é o papel que o Estado deve desempenhar: uma segurança por meio de suas autoridades ou de seus agentes, visando preservar a confiança que a sociedade deposita nele (BRASIL, 1965); utiliza-se da força, ou se ameaça fazê-lo, quando as divergências não podem ser resolvidas por meios diplomáticos (ALEXANDER, 2003, p. 32).

A legislação nacional torna legítimo o uso da força por meio dos artigos 284, 292 e 293 do Código de Processo Penal (CPP); e do artigo 234 do Código de Processo Penal Militar (CPPM).

O art. 284 do CPP (1941) contempla o uso legítimo da força somente em caso de resistência ou fuga do preso. Nessa circunstância, a força só é usada quando se constatar extrema necessidade. O cão de captura só será utilizado quando os outros meios não forem adequados para a efetiva manutenção da ordem pública.

O art. 292 do CPP mescla os meios necessários para a utilização da força, mas não faz menção quanto a esses meios. Portanto, em caso concreto, o condutor de cães de captura pode se valer deles como instrumento menos letal.

Fazendo-se uma análise do art. 293, que orienta o uso progressivo da força, pode-se observar que, antes de usar a

extrema força, o profissional procurará, de forma equilibrada, cumprir com o seu dever.

O uso da força também é bem definido pelo art. 234 do CPPM³ como uma forma de disciplinar o uso dos meios por parte dos militares em serviço.

A força nessa situação é perfeitamente aceitável, desde que feita com responsabilidade e dentro dos princípios da moderação e proporcionalidade, para que a resposta de segurança seja efetiva.

Nesse sentido, contemplam Mesloh, Henyche e Wolf:

Para apreciar a complexidade de situações em que a polícia utiliza força, é preciso conceituá-la não de forma estática, mas sim como um contínuo de respostas, variando de comandos verbais como um esforço menor da força à força letal – o montante máximo de força possível de ser aplicada (MESLOH; HENYCH; WOLF, 2008, p. 10).

No seio da segurança pública, o curso de Uso Diferenciado da Força (UDF) é oferecido por meio da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) e é disponibilizado aos policiais na modalidade de ensino a distância (EAD), conforme se vê abaixo:

O curso “Uso Diferenciado da Força” é a versão atualizada do “Uso Progressivo da Força” e tem como ponto de partida a necessidade de alinhamento do tema “uso da força” [...] à necessidade de orientação e padronização dos procedimentos da atuação dos profissionais de segurança pública aos princípios internacionais sobre o uso da força e a redução dos índices de letalidade resultantes de ações envolvendo agentes de segurança

³ Código de Processo Penal Militar (CPPM). Art. 234 - O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa dos executores e seus auxiliares, inclusive a prisão do ofensor [...].

pública (SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2015).

Os níveis do Uso Diferenciado da Força (UDF) constituem a divisão da força gradual e progressiva. O nível da força a ser usado é o que melhor se adequa às circunstâncias dos riscos encontrados (SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2009).

Os níveis de força apresentam seis alternativas como formas de controle a serem utilizadas pelos policiais, como se vê a seguir:

Nível 1 - Presença Física: a mera presença do policial uniformizado, muitas vezes, será o bastante para conter um crime ou contravenção ou ainda para prevenir um futuro crime em algumas situações [...], pois a presença do policial é entendida legitimamente como a presença da autoridade do Estado;

Nível 2 - Verbalização: baseia-se na ampla variedade de habilidades de comunicação por parte do policial, capitalizando a aceitação geral que a população tem da autoridade [...];

Nível 3 - Controles de Contato ou Controle de Mãos Livres: trata-se do emprego de talentos táticos por parte do policial para assegurar o controle e ganhar cooperação [...], compreendendo técnicas de condução e de imobilizações, inclusive por meio de algemas;

Nível 4 - Técnicas de Submissão (Controle Físico): emprego de força suficiente para superar a resistência ativa do indivíduo, permanecendo o agente vigilante em relação aos sinais de um comportamento mais agressivo do suspeito. Nesse nível podem ser utilizados cães, técnicas de forçamento e agentes químicos mais leves [“grifo nosso”];

Nível 5 - Técnicas Defensivas não-Letais: [...] é o uso de todos os métodos não-letais, como gases fortes, forçamento de articulações e equipamentos de impacto (cassetete, tonfa) [...];

Nível 6 - Força Letal: ao enfrentar uma situação agressiva que alcança o último grau de perigo, o policial deve utilizar táticas absolutas e imediatas para deter a ameaça mortal, assegurar a submissão do agressor e o controle definitivo da situação. É

o mais extremo uso da força pela polícia e só é utilizado em último caso (SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2009, p. 39-45).

Entre esses níveis de força, o cão se enquadra perfeitamente do 1 ao 4, ou seja, começa com o poder de impacto psicológico em quem o vê; depois, a verbalização, que se dá por sons dos latidos, que intimidam; em seguida, o cão constitui-se um ótimo instrumento de escolta; e, por último, podem-se utilizar as técnicas de submissão do nível 4.

É interessante notar que o Nível 4 - Técnicas de Submissão (controle físico) faz referência ao cão como instrumento de menor potencial ofensivo a ser utilizado pelos agentes de segurança pública.

Portanto, se o cão está inserido em um desses níveis de força, por que não normatizá-lo como um instrumento de menor potencial ofensivo, tendo em vista que outros instrumentos menos lesivos que a mordida do cão estão contemplados em portarias da PMDF, e que o cão já vem sendo citado em decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça como instrumento de menor potencial ofensivo?

Colha-se, por oportuno, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto à eficácia na utilização do cão de captura. Ementa do Acórdão, digno de transcrição:

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA PELO *MODUS OPERANDI* DO DELITO E PELA REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar, como medida de caráter excepcional, deve ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), as exigências do art. 312 do CPP. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como tem insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade. Não existe constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente amparada por elementos concretos, considerando-se a gravidade da ação dos recorrentes, evidenciada pelo *modus operandi* do delito *in casu*, “os réus teriam roubado a vítima munidos de uma arma de fogo devidamente apreendida pela Polícia, e a prisão de ambos somente foi efetivada após o uso de cães, pois os acusados se embrenharam em um matagal e ainda galgaram muros para fugir do flagrante” (fl. 56). Além disso, consta dos autos que os recorrentes respondem a outros processos na Comarca de origem, conforme consignado pelo MM. Juízo *a quo*, circunstância que revela, pois, a periculosidade concreta dos recorrentes e a real possibilidade de que, se soltos, voltem a delinquir. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 38320/MG. Relatora: Ministra Marilza Maynard. Julgado em: 20/08/2013).

Não obstante a todos os arcabouços jurídicos internos da PMDF e externos do STJ – que citam a existência de cães na atividade policial –, não há na corporação da PMDF um regulamento próprio que autorize e normatize a condução de cães de captura para fins de policiamento como instrumento de menor potencial ofensivo no uso da força.

Por isso, o nível da força a ser utilizado é uma resultante da ação dos indivíduos suspeitos e das circunstâncias de risco, em que o sucesso dependerá da aptidão do agente da lei (BETINI; DUARTE, 2013, p. 73). Logo, são instrumentos de menor potencial

ofensivo “[...] aqueles projetados especificamente para, deliberar ou incapacitar temporariamente pessoas, a exemplo de armas de choque, como ‘taser’, spray de pimenta, gás lacrimogênio, balas de borracha, etc.” (LIMA, 2015, p. 863).

7 Conclusão

A produção normativa que valoriza a qualificação do cão de captura como instrumento de menor potencial ofensivo não contraria os princípios constitucionais e normativos abordados, mas produzirá garantia real de sua observância. Desse modo, obediente aos retromencionados princípios, as leis adotadas pelo Estado não serão aplicadas de forma arbitrária, uma vez que a Constituição brasileira garante a proteção da dignidade da pessoa humana como fonte fundamental de um Estado Democrático de Direito.

Este estudo defende a normatização do trabalho do cão de captura como um instrumento de menor potencial ofensivo na legislação brasileira, tendo em vista que ele já vem sendo utilizado como instrumento de combate ao crime por outros países, a exemplo dos Estados Unidos da América.

Com observância às normas de orientações de cunho internacional advindas da Organização das Nações Unidas (ONU) e do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), a Lei nº 13.060/2014 disciplinou o Uso de Instrumento de Menor Potencial Ofensivo por parte dos agentes de segurança pública.

Sabendo que alguns instrumentos de menor potencial ofensivo (*taser*, gás de pimenta e algemas) são disciplinados pela PMDF, o uso do cão de captura, para tornar-se legítimo no serviço rotineiro da corporação, também necessita de uma portaria que regulamente formalmente o seu uso, a ser expedida pelo Comandante-Geral desta Corporação.

Em respeito às normas legais e em consonância com a Lei 13.060/2014, que dispõe sobre o Uso de Instrumentos de Menor Potencial Ofensivo, é imprescindível que a PMDF, representada por seus agentes, esteja revestida de segurança jurídica.

A expectativa é de que este trabalho sirva para fomentar a elaboração de uma portaria de competência do Comandante-Geral da PMDF, por meio da qual o cão policial de captura possa ser legalmente incorporado à Instituição como um instrumento de menor potencial ofensivo.

Title: Guiding principles for the employment of a K-9 in the special use of force and the criminal law

Abstract: This work seeks to encourage the creation of regulations for the police dog as a tool of a less offensive potential. The decisions made during the ‘search and capture’ are not legitimate in the eyes of the State, which supports the conduct of the chasing police officer as a lawful and progressive use of force. Such support will allow the ‘state agent’ to work efficiently in the performance of his/her acts, which will have to be at least legitimate, to belong to a ‘legal universe’, under penalty of being deemed as illegal. Moreover, it will be possible to hold a police officer accountable for crimes committed on account of his/her legal duties. Without such legal support, one would not be able to analyze whether such acts are legitimate or illegitimate, for the

officers would be fulfilling their legal duty. The State does not allow the use of lethal weapons as a primary option, save when there is one of the justifications provided for in our legal system.

Keywords: Legality. Public security. K-9. Progressive use of force. Efficiency.

Referências

ALEXANDER, Coronel John B. *Armas não-letais: alternativas para os conflitos do século XXI*. Rio de Janeiro: Condor, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Antônio Carlos Campana. São Paulo: J. Bushatksy, 1978.

BETINI, Eduardo Maia; DUARTE, Claudia Tereza Sales. *Curso de uso diferenciado da força (UDF)*. São Paulo: Ícone, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar (CPPM). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 14 mar. 2015.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 4.898, de dezembro de 1965. Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 12 jun. 2015

BRASIL. Lei nº 13.060, de 22 de dezembro de 2014. Disciplina o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo (UIMPO) pelos agentes de segurança pública, em todo o Território Nacional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 23 dez. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13060.htm>. Acesso em: 11 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Portaria Interministerial nº 4.226, de 31 de dezembro de 2010*. Estabelecem diretrizes sobre o uso da força pelos agentes de segurança pública. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1188889/>>

DLFE-54510.pdf/portaria4226usodaforca.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2015.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp). *Norma Técnica de Padronização para Canis de Segurança Pública*. Consultor: Otaviano Pietricovsky de Oliveira. Brasília, DF, Secretaria de Segurança Pública, 2011. Contrato 2010/000666-0.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Organizações criminosas no direito penal brasileiro: o estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 99-124, out./dez. 1998.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Violência e uso da força*. Genebra: 2009. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/assets/files/other/icrc0070943.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

DIAS NETO, Theodomiro. *Policiamento comunitário e controle sobre a polícia: a experiência norte-americana*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 8. ed. Niterói: *Impetus*, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. Niterói: *Impetus*, 2009. v. 1.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MESLOH, Charlie; HENYCH, Mark; WOLF, Ross. *Less lethal weapon effectiveness, use of force, and suspect & officer injuries: a five year analysis: report to the National Institute of Justice*. U.S. Department of Justice, 2008.

MICHELETTI, Márcio Henrique. *Cães farejadores: fisiologia do olfato, usos atuais e fatores que alteram o desempenho do faro*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Faculdade de Agronomia e Medicina Veterinária, Universidade de Brasília. Brasília, DF, 2014.

NAÇÕES UNIDAS. *Código de conduta para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei*. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução nº 34, de 17 de dezembro de 1979. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-pcjp-18.html>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

NAÇÕES UNIDAS. *Princípios básicos sobre utilização da força e de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei (PBUFAF)*. Adotado pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_6/IIPAG3_6_23.htm>. Acesso em: 12 jun. 2015.

NESTOR, Távora; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

ROVER, C. de. *Para servir e proteger: direitos humanos e direito internacional humanitário para forças policiais e de segurança*. 4. ed. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha 2005.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: ICPC, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Apostila do curso de uso progressivo da força: Sistema EAD*.

Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2009.

SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA.
Relação de cursos rede EAD. [2015]. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/educacao-e-valorizacao/anexo/relacao-de-cursos-com-ementa-2015.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2015.

UNITED STATES POLICE CANINE ASSOCIATION (USPCA). [2015]. Disponível em: <<http://www.uspcak9.com/caselaw/patrol.html>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

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

ALEXANDRE, Raimundo Ricardo. Princípios norteadores do emprego do cão de captura dentro do uso diferenciado da força e o Direito Penal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 275-302, 2019. Anual.

Submissão: 28/4/2017

Aceite: 5/9/2017

Políticas de segurança pública e sistema de justiça criminal: o Ministério Público e o Poder Judiciário nos planos nacionais de segurança pública

Ericson dos Santos Cerqueira

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central – UNIPLAC.

Resumo: O artigo discute o distanciamento entre as políticas de segurança pública e o sistema de justiça criminal. O objetivo é tratar da conformação dos planos nacionais de segurança pública e de seu direcionamento ao sistema de justiça criminal, com ênfase no Ministério Público e no Poder Judiciário. A análise tem como ponto de partida a discussão sobre o direito fundamental à segurança pública, tal qual previsto na Constituição. Em seguida, o artigo discorre sobre a abertura no debate da segurança pública, com a entrada de novos atores políticos – governo federal e municípios – e a sociedade civil. São problematizados o Plano Nacional de Segurança Pública do governo Fernando Henrique Cardoso, o PRONASCI do segundo mandato do governo Lula e o Plano Nacional de Segurança Pública do governo Temer. Ao fim, é discutida a interface entre as políticas de segurança pública e o sistema de justiça criminal, com acento para a política criminal em voga e a atuação do Ministério Público, a exclusão dos atores do sistema de justiça criminal das políticas públicas de segurança e as consequências de tal distanciamento. Conclui-se que a exclusão dos demais órgãos do sistema de justiça criminal da conformação das políticas públicas de segurança não pode prescindir da atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário na política criminal, sob pena de fracasso. Adotou-se a metodologia de análise documental e revisão bibliográfica com abordagem de políticas públicas e definição de seus arranjos institucionais, atores e competências.

Palavras-chave: Políticas públicas. Segurança pública. Justiça criminal. Ministério Público.

Sumário: Introdução. 1 Direito à segurança pública e sua con-

formação constitucional. 2 O debate da segurança pública pós-1988. 3 Os planos e programas nacionais de segurança pública dos governos FHC, Lula e Temer. 3.1 O Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP-2000) do governo FHC. 3.2 O Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI) do governo Lula. 3.3 O Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP-2017) do governo Temer. 4 Políticas de segurança pública e justiça criminal: o Ministério Público e o Poder Judiciário. 5 Conclusões. Referências.

Introdução

O sentimento de insegurança aliado aos índices crescentes de criminalidade, associado a um *boom* carcerário e a todas as violações de direitos humanos daí advindas, acaba por elevar a segurança pública a tema central na discussão do modelo de Estado e das relações intragovernamentais no Brasil nas últimas décadas.

Dentro desse contexto, percebe-se um distanciamento entre as políticas de segurança pública, notadamente aquelas levadas a efeito pelo governo federal, e o sistema de justiça criminal. Se o sistema de segurança pública e o sistema de justiça criminal têm evidentes interfaces, não se pode vislumbrar a conformação de uma política nacional de segurança pública sem contemplar medidas voltadas à justiça criminal, com ênfase no Ministério Público e Poder Judiciário.

Não se entende, contudo, que a solução passa exclusivamente pelo sistema de justiça criminal, como a teoria da dissuasão em criminologia – *deterrence theory* – a qual credita às organizações

daquele sistema a maior parcela do controle da criminalidade (BEATO FILHO, 1999, p. 21).

Muito se discute acerca da reforma das polícias brasileiras, se deve ser desconstitucionalizado o modelo vigente, cabendo a cada estado estruturá-las como melhor lhes aprouver, se devem ser unificadas as polícias militares e civis, etc. Contudo, salta aos olhos o fato de o Ministério Público e o Poder Judiciário serem alijados tanto dos debates acerca da segurança pública no Brasil quanto da discussão acerca de possíveis reformas no sistema de justiça criminal e as consequências para a segurança pública.

O exemplo da crise carcerária é sintomático, pois, intimamente ligada à questão da segurança pública, tanto o Ministério Público quanto o Poder Judiciário são sempre chamados a atuarem no sentido de solucionar a questão da superpopulação com uma política de “soltura” de presos – os famigerados “mutirões carcerários”, porém sem uma crítica profunda ao funcionamento deste mesmo sistema de justiça e às razões do hiperencarceramento.

Como se verá ao longo do texto, o Ministério Público e o Poder Judiciário são deixados de fora, seja da discussão dos planos nacionais de segurança pública, seja da destinação das políticas neles envolvidas. Como exemplo, no Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI) do Governo Lula (Lei nº 11.530/2007), um dos focos prioritários é repressivo, no enfrentamento à criminalidade organizada. Contudo, não se preveem ações específicas destinadas aos órgãos do sistema de

justiça criminal que não as políticas. Detalha-se, tão somente, a capacitação dos magistrados, dos membros do Ministério Público e dos defensores em direitos humanos e a criação de núcleos de justiça comunitária.

No Plano Nacional de Segurança Pública de 2017, que é bem menos ambicioso que o PRONASCI, a repressão parece ser o foco principal de toda a estruturação do plano, mas, novamente, quando se fala em ações direcionadas ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, restringe-se a “possibilidades de edição de provimentos” para se priorizar processos de homicídio e feminicídio, bem como investigações ou grupos de trabalho relacionados a tais crimes, com uma previsão, ainda, de “mutirão de audiência de custódia”.

A análise limitar-se-á aos três grandes planos/programas de segurança pública gestados nos últimos 17 anos no âmbito do governo federal, quais sejam, o Plano Nacional de Segurança Pública de 2000 (PNSP-2000), do governo Fernando Henrique Cardoso; o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania de 2007 (PRONASCI), do segundo mandato do governo Lula, e o Plano Nacional de Segurança Pública de 2017 (PNSP-2017), do governo Temer.

Tal recorte justifica-se, primeiramente, por esses documentos oferecerem um bom panorama das políticas nacionais dos governos democráticos pós-Constituição, de diferentes conotações políticas e ideológicas. E, em segundo lugar, por serem planos de pretensões mais amplas e não limitados

a políticas especificadas dentro do espectro possível da segurança pública.

No primeiro tópico, será discutido o direito à segurança pública e sua sede constitucional, com remissão a seu caráter de direito individual, direito social e dever estatal, mas, ao mesmo tempo, responsabilidade de todos.

Em seguida, discorrer-se-á sobre a abertura no debate da segurança pública ocorrido após a edição da Constituição de 1988. Merece destaque a adição de novos atores políticos no seio das políticas de segurança pública, sobretudo, o governo federal assumindo o papel de articulador nacional e provedor direto de segurança pública e os municípios, com sua vocação para a prevenção. Destaca-se, ainda, a abertura democrática promovida, já que a sociedade civil passou a debater diretamente a segurança pública, inclusive com a realização da 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública em 2009.

Os planos nacionais de segurança pública dos governos Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva e Michel Temer são descritos no terceiro tópico. A ideia não é descrever pormenorizadamente cada um dos planos, pois isso seria exercício enfadonho e estéril, mas ressaltar os principais pontos e sobrelevar aquilo que aqui interessa, ou seja, a ausência de políticas voltadas aos demais órgãos do sistema de justiça criminal que não as polícias.

No quarto ponto, é discutida a interface entre o sistema de segurança pública ou as políticas de segurança pública e o sistema

de justiça criminal, com ênfase para a política criminal em voga e a atuação do Ministério Público. Optou-se por não focar o objeto de análise na reforma das polícias. O que se pretende desenvolver é a exclusão dos demais atores do sistema de justiça criminal das políticas públicas de segurança e as consequências de tal distanciamento. O foco principal é o Ministério Público, já que o autor é membro deste órgão e muitas das indagações advieram da prática da atuação.

Quanto à metodologia, adotaram-se a análise documental e a revisão bibliográfica, com abordagem de políticas públicas e definição de seus arranjos institucionais, atores e competências.

1 Direito à segurança pública e sua conformação constitucional

A Constituição prevê a segurança ora como um direito individual - artigo 5º, *caput* – ora como um direito social – art. 6º, *caput* – e traça, em seu Título V - da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, a partir do art. 144, a segurança pública como direito e responsabilidade de todos e dever estatal, fixando os órgãos encarregados dessa segurança – polícia federal, rodoviária federal, civil, militar e corpo de bombeiros¹. É a primeira vez em nossa história constitucional que a segurança pública ganha um capítulo exclusivo sobre o tema. Nota-se, de

¹ Acerca dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e a influência das Forças Armadas e das corporações policiais nos trabalhos que resultaram no título V da Constituição, ver Fontoura; Rivero e Rodrigues, 2009.

início, que a Constituição não definiu o que é segurança pública, mas apenas os órgãos que são responsáveis por ela. Costa e Lima (2015) criticam tal conformação, pois

[...] a Constituição de 1988 resgatou o conceito de 1937 e trouxe um capítulo específico sobre segurança “pública”, não obstante repetir a Constituição de 1937 e não definir o significado deste conceito. A CF/1988, em seu Artigo 144, definiu tão somente quais são as instituições pública encarregadas por prover segurança “pública”. Em suma, a atual constituição Brasileira não define o que vem a ser segurança pública, apenas formaliza as organizações então existentes como as responsáveis pelo campo. Ao fazer isso, a Constituição de 1988 reforçou indiretamente, o modelo que ela mesmo buscou romper. (COSTA; LIMA, 2015, p. 331-332).

É possível, ainda, identificar, tal qual Ballesteros (2014, p. 8), “como um dos principais entraves ao desenvolvimento de reformas consistentes no sistema de segurança pública o jogo político estabelecido desde a época da constituinte”, com a atuação de interesses corporativistas e lideranças locais.

Costa e Lima (2015, p. 332) ressaltam que pouco da estrutura da segurança pública alterou-se com a Constituição, esta tampouco “tratou de reduzir os antagonismos que marcam o nosso sistema de justiça criminal, nele incluídas as polícias, o Ministério Público, a Defensoria, o Poder Judiciário e o sistema prisional”, criando-se novos conflitos com a inclusão dos municípios como ator político.

Pode-se avaliar que tal configuração constitucional da segurança não é sem motivo, uma vez que somente é possível falar-se em dignidade da pessoa humana ou exercício de outros

direitos de igual envergadura constitucional em um ambiente de segurança individual e coletiva, devendo-se “compreender a segurança como uma condição de desenvolvimento de potencialidades humanas” (SUXBERGER, 2010, p. 150-151).

Se a Constituição se ateve a dar uma conformação individual, coletiva e organizacional ao que seja segurança, destaca-se que, em todas as suas conotações, carece-se da ordenação de política pública voltada à sua concretização. Nas palavras de Suxberger (2010):

Importa aqui reconhecer a existência de um bem imaterial que hoje é usufruído pelas pessoas de modo não igualitário e de modo hierarquizado: a segurança. Na medida em que se propõem meios hábeis a assegurar que as pessoas tenham acesso igualitário e não aprioristicamente hierarquizado a esse bem, que é necessário a uma vida digna, impõe-se reconhecer a existência de um direito à segurança pública. Os processos levados a efeito para o reconhecimento e concretização desse direito, sim, é que serão considerados direitos humanos, dado o caráter dinâmico, emancipatório e de fruto de ações políticas voltadas à modificação de uma realidade. O reconhecimento de uma *fundamentalidade* desse direito de segurança pública só interessa na medida em que permitir a criação, implementação e prática de garantias jurídicas voltadas a sua concretização. (SUXBERGER, 2010, p. 140).

Sob o viés individual, o direito à segurança é um direito em face do Estado, de exigir-se deste a proteção contra a violação por outros particulares (ÁVILA, 2014, p. 202), atuando o Estado de modo repressivo ou reativo. Coletivamente, “a atuação estatal se dá de modo preservacional, de forma a bem realizar o programa de política criminal que dá substrato e legitimidade – ao menos no

campo estritamente jurídico – à resposta penal” (SUXBERGER, 2010, p. 138).

Alguns autores (SIQUEIRA, 2017, p. 52; SUXBERGER, 2010, p. 145) ressaltam a dimensão coletiva da intervenção penal estatal, anotando, ainda, serem incipientes os estudos nesse sentido. Conceitualmente, é possível diferenciar-se segurança pública de política de segurança pública, sendo a primeira entendida como “um processo articulado, caracterizando-se pelo envolvimento de interdependência institucional e social”, e a segunda como “como a forma de instituir mecanismos e estratégias de controle social e enfrentamento da violência e da criminalidade, racionalizando as ferramentas da punição.” (CARVALHO; SILVA, 2011, p. 60).

Segurança pública, portanto, envolve organizações diversas direta ou indiretamente relacionadas à manutenção da ordem pública, ao controle do crime e à prevenção de violências, o que significa dizer que não se confunde com sistema de justiça criminal e não limitação às policiais (CARVALHO; SILVA, 2011, p. 329).

2 O debate da segurança pública pós-1988

Desde a Constituição até meados da década de 1990, a questão e o debate da segurança pública se deram quase exclusivamente no âmbito dos Estados-membros. A União não se envolvia diretamente na segurança pública, senão com atuação direta e pontual das polícias federais, e os municípios, somente

com as suas guardas municipais. A sociedade civil não se incluía e não era incluída como ator do sistema.

A análise desse quadro de atores é relevante, pois informa a definição da agenda da política e a busca de alternativas para a solução do problema, sendo que

[...] a comunidade da política (*policy community*) é composta de atores visíveis (presidente, altos postos da burocracia governamental, parlamentares, grupos de pressão, mídia) e de atores invisíveis (pesquisadores, acadêmicos, consultores, servidores públicos, analistas de um grupo de interesse). Os primeiros são influentes na definição da agenda governamental e os segundos na identificação de alternativas e de soluções para os problemas a serem enfrentados. (GONÇALVES, 2009, p. 36).

Na definição das políticas de segurança pública e de justiça, jogam diferentes atores, agências e interesses, o que é agravado pelas: a) mudanças na gestão governamental, ora inclinando-se a políticas mais repressivas, de cunho lei e ordem, ora no sentido de mais promoção dos direitos humanos, e b) pelas difíceis relações entre os níveis federal e estaduais de governo (ADORNO, 2008, p. 13-14).

Um quadro bem delineado da política de segurança pública nesse período é dado por Ligia Gonçalves (2009, p. 13-14), que lista nove características da política de segurança pública logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, quais sejam:

- a) ênfase no modelo repressivo-punitivo;
- b) instituições policiais estaduais no centro da política;

- c) fragmentação das polícias e não realização do ciclo completo de polícia, bem como militarização do policiamento ostensivo;
- d) centralidade do anacrônico inquérito policial;
- e) ausência de uma política nacional de segurança pública, e de mecanismos institucionais de coordenação e cooperação intergovernamentais;
- f) municípios excluídos da gestão da segurança pública;
- g) inexistência ou ineficiência de mecanismos de controle externo e interno das polícias;
- h) comunidade da política restrita aos atores vinculados às instituições responsáveis pelo controle da lei e da ordem.

A partir de então, tal quadro começa a se redefinir, com as relações intergovernamentais em intensa reorganização e com o governo federal chamando para si o papel de articulador de políticas nacionais, enfrentando ele mesmo o problema da segurança pública no Brasil, buscando integrar os diversos atores presentes e chamando outros a mesma responsabilidade.

O governo federal passa a assumir um inédito protagonismo na formulação das políticas nacionais, com todos os governos a partir de Fernando Henrique Cardoso incluindo em suas agendas políticas de segurança pública, alguns até mais de uma, a exemplo do governo Lula.

Schabbach (2014, p. 217) fixa alguns marcos representativos desse movimento:

- a) criação da Secretaria de Ações Nacionais de Segurança Pública do Ministério da Justiça, em 1995, renomeada, em 1997, para SENASP – Secretaria Nacional de Segurança Pública;
- b) Plano Nacional de Segurança Pública em 2000;
- c) criação do Fundo Nacional de Segurança Pública, também em 2000;
- d) criação do Sistema Unificado de Segurança Pública – SUSP, em 2003, com as diretrizes de reforma das instituições de segurança pública e de redução da violência;
- e) Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI, em 2007;
- f) 1ª CONSEG – Conferência Nacional de Segurança Pública, em 2009.

A participação social na configuração de políticas públicas, e as de segurança pública não seriam diferentes, é importante, pois confere legitimidade democrática e promove abertura do debate para além dos tradicionais órgãos de segurança. Assim, têm-se exemplos, desde a década de 1980, dos conselhos comunitários de segurança (COSTA; LIMA, 2015, p. 342), que foram reforçados nos planos de 2000 e 2007 e, em 2009, com a Conferência Nacional de Segurança Pública. Para Moraes (2006),

A participação popular na discussão de políticas públicas, notadamente a política criminal, é de fundamental importância, por ser uma necessária via de duas mãos, e, pela qual, não apenas os representantes populares dirão o que esperam da política criminal, mas deverão ouvir e compreender que a cultura até

hoje entranhada, de que todos os seus problemas são resolvidos pela legislação criminal, deverá ser rechaçada. (MORAES, 2006, p. 203).

A inclusão dos municípios trouxe um ator relevante para o centro do debate, ante sua permeabilidade aos anseios próximos das comunidades. Além disso, teve o mérito de: a) focar em políticas preventivas, e não somente repressivas, para as quais os municípios têm vocação e capilaridade, e b) dividir a responsabilidade da segurança pública para além dos estados. Nada obstante ao agravamento dos problemas de interlocução intergovernamental, é inegável o mérito da inclusão municipal, pois, como afirma Sento-Sé (2011),

Sugere um alargamento da abordagem da segurança, inscrevendo-a no pacote de bens universais que devem ser garantidos indistintamente a todos os cidadãos, em lugar do tratamento convencional em que o campo se reportava exclusivamente às forças policiais e à estrita garantia da ordem pública. (SENTO-SÉ, 2011, p. 519).

E, como assinalado por Cano (2006), os projetos municipais levam vantagem em relação aos grandes planos nacionais, pois

[...] os planos nacionais estão sujeitos a vai-e-vem, atrasos ou paradas e podem entrar em colapso ou perder a força rapidamente quando mudam as condições políticas. De fato, a maioria dos programas demonstra uma preocupante falta de continuidade. Já o surgimento de iniciativas locais espontâneas pode ter melhores perspectivas de continuidade geral, apesar das incertezas que marcam os projetos em cada município. [...] os programas nacionais não costumam atingir a universalidade e a capilaridade com que são concebidos e sofrem riscos permanentes de interrupção. (CANO, 2006, p. 146).

Ressalte-se, ainda, que a academia também tem buscado seu espaço como um desses atores, com o aumento e a priorização na produção da pós-graduação e incremento de grupos de pesquisas em várias universidades (COSTA; LIMA, 2015, p. 340-341).

Sobressai, assim, uma mudança organizacional e institucional. Porém, Andrade (2013, p. 351-352) vai mais longe e evidencia mudança de paradigmas, ou seja, passa-se de um paradigma repressivo, voltado ao controle da criminalidade e pautado por ações policiais e de controle (“segurança contra a criminalidade”), a um paradigma de segurança como direito social e de segurança dos direitos humanos (“segurança do ser humano combinada com segurança da coletividade”), tendo por fundamento uma política integral de proteção desses mesmos direitos.

3 Os planos e programas nacionais de segurança pública dos governos FHC, Lula e Temer

Pode-se afirmar, como faz Andrade (2013, p. 337), que, dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição, a segurança é talvez o único que não é estruturado em um sistema vinculado ao ciclo de implementação de políticas públicas.

Se, com a promulgação da Constituição, aos estados coube o papel central no arranjo institucional da segurança pública, já no final da década de 1990, viu-se a insuficiência desse modelo e, em 2000, edita-se o primeiro plano do governo federal para a segurança pública, com o Plano Nacional de Segurança Pública.

Em 2007, com o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, o governo federal assume de vez o papel de articulador federativo e financiador direto de políticas locais. Sento-Sé (2011) ressalta que

Inicialmente desincumbido de enfrentar uma questão tão rapidamente se revelou espinhosa, o poder federal foi instado a interferir diretamente no campo, criando uma linguagem e um tipo de abordagem próprios e se instituindo como elemento indutor de retóricas, estratégias e paradigmas que orientam as políticas dessa área de atuação. (SENTO-SÉ, 2011, p. 503).

Nada obstante, tem-se que as políticas nacionais dos governos federais consubstanciam mais política de governo que políticas de estado, pois aquela é limitada no tempo do mandato do governante da vez e pontuada pela ideologia dos integrantes (MORAES, 2006, p. 184).

Cabe aqui uma ressalva necessária. Não se olvida que, no período democrático pós-1988, tenha havido outras propostas para a segurança pública, a exemplo do primeiro mandato do governo Lula ou do governo Dilma. Contudo, à ausência de marco legal definido, optou-se por não as abordar.

Não é exagero anotar que, no primeiro mandato do governo Lula, na seara da segurança pública e sendo Márcio Thomaz Bastos o ministro da Justiça, deu-se uma continuidade às políticas do governo anterior, tendo sido, inclusive, tentada a elaboração de um novo plano, que não foi levada a efeito, tratando-se de “uma proposta audaciosa que a política abortou” (SOARES, 2007, p. 86).

Já o governo Dilma tinha por diretriz declarada a continuidade do PRONASCI, todavia, diante de uma crise econômica sem precedentes, o programa acabou tendo cortes substanciais de orçamento, com os recursos se reduzindo, em 2013, a um terço do gasto de 2010, último ano do governo Lula (NATAL, 2016, p. 192), ocasionando a não manutenção do Programa.

3.1 O Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP-2000) do governo FHC

Em 2000, após longa gestação, no âmbito do Ministério da Justiça, foi lançado o Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP), apressado pelo incidente conhecido nacionalmente como “Ônibus 174”, em que o sequestro de um ônibus foi transmitido ao vivo para o país e findou com a morte da refém e do sequestrador, já rendido e dentro de uma viatura policial, pela ação da polícia.

O PNSP tinha o autodeclarado objetivo de integrar políticas de segurança, sociais e comunitárias, e tinha como princípios interdisciplinaridade, pluralismo organizacional e gerencial, legalidade, descentralização, imparcialidade, transparência das ações, participação comunitária, profissionalismo, atendimento das peculiaridades regionais com estrito respeito aos direitos humanos (PLANO..., 2000, p. 4).

Nada obstante estarem pautados pelo eixo do respeito aos direitos humanos, evidencia-se o ecletismo de tais princípios, contemplando “valores protoacadêmicos (interdisciplinaridade),

valores éticos (transparência e imparcialidade), normas de gestão (profissionalismo e pluralismo gerencial) e princípios políticos (descentralização e participação comunitária)” (SENTO-SÉ, 2011, p. 509).

Era composto de 15 compromissos direcionados ao governo federal, à cooperação entre governos federal e estaduais, bem como de medidas de natureza legislativa e de natureza institucional.

O plano era composto por seis medidas ou compromissos voltados ao governo federal, quais sejam: a) combate ao narcotráfico e ao crime organizado; b) desarmamento e controle de armas; c) repressão ao roubo de cargas e melhoria da segurança nas estradas; d) implantação do subsistema de inteligência de segurança pública; e) ampliação do programa de proteção a testemunhas e vítimas de crime; f) mídia x violência.

As medidas de cooperação eram: a) redução da violência urbana; b) inibição de gangues e combate à desordem social; c) eliminação de chacinas e execuções sumárias; d) combate à violência rural; e) intensificação das ações do programa nacional de direitos humanos; f) capacitação profissional e reaparelhamento das polícias; g) aperfeiçoamento do sistema penitenciário.

Havia, ainda, um compromisso de aperfeiçoamento legislativo e do sistema jurídico e de implementação do Sistema Nacional de Segurança Pública.

Uma das principais iniciativas do Plano foi a criação do Fundo Nacional de Segurança Pública, com o fim de financiar

projetos estaduais e municipais que cumprissem determinados requisitos, tais como eficiência, transparência e respeito aos direitos humanos. Segundo Cano (2006, p. 139), a “ideia que começava a tomar forma era a de que o governo federal poderia induzir políticas públicas reformistas nos estados, através do financiamento seletivo, sem ferir suscetibilidades”.

Citava-se o Ministério Público como participante em vários dos compromissos, mas como ações específicas voltadas à justiça penal tinha-se somente a realização de mutirões para cumprimento de mandados de prisão (ação nº 53), mutirões carcerários (ação nº 101), liberdade condicional e regime semiaberto (ação nº 106), incentivo ao uso de penas alternativas (ação nº 107). Dos compromissos que mais afetariam a estrutura da política criminal a cargo do Ministério Público seria o do aperfeiçoamento legislativo, no qual havia a previsão de onze projetos de lei, dentre os quais os de atualização do Código Penal e de Processo Penal, de reformulação da execução penal e da lei de tóxicos, entre outros.

Um dos objetivos do PNSP-2000 era o aperfeiçoamento das ações dos órgãos de segurança pública, estabelecendo um marco teórico diverso do até então produzido, articulando ações de repressão e prevenção à criminalidade. “Para dar apoio financeiro ao PNSP, foi instituído, no mesmo ano, o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP). Entretanto, esses avanços na formação da política de segurança pública não produziram os resultados

concretos esperados”, pois, como assinalado por Carvalho e Silva (2011),

[...] sem recursos definidos, sem delineamento de metas e de processos de avaliação de eficácia, eficiência e efetividade, fracassou nos seus principais objetivos. Entretanto, pela primeira vez após o processo de democratização, emergiu a possibilidade de uma reorientação estratégica, com tratamento político-administrativo direcionado a colocar a questão da segurança pública como política prioritária de governo. (CARVALHO; SILVA, 2011, p. 63).

Teve o mérito de ser o primeiro plano nacional, com o governo federal assumindo uma tarefa que, até então, ficara relegada aos governos estaduais, passando a ter uma coordenação nacional, porém foi um plano com “elevada capacidade propositiva e baixa capacidade de execução” (ADORNO, 2008, p. 15). Como afirma Soares (2007),

Faltava àquele documento a vertebração de uma política, o que exigiria a identificação de prioridades, uma escala de relevâncias, a identificação de um conjunto de pontos nevrálgicos condicionantes dos processos mais significativos, de tal maneira que mudanças incrementais e articuladas ou simultâneas e abruptas pudessem alterar os aspectos-chave, promovendo condições adequadas às transformações estratégicas, orientadas para metas claramente descritas. (SOARES, 2007, p. 83).

3.2 O Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI) do governo Lula

O governo Lula, em seu segundo mandato, e tendo por Ministro da Justiça Tarso Genro, em 2007, lançou o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI – com a proposta de superar a dicotomia entre políticas repressivas

e preventivas, buscando integrá-las, e partilhar com os governos estaduais a atribuição de prestar segurança pública, incluindo também os municípios (SILVA, 2009, p. 32).

O programa buscava integrar medidas de segurança pública e políticas sociais e foi instituído pela Medida Provisória nº 384/2007, convertida na Lei nº 11530/2007. Compunha-se de 17 diretrizes (art. 3), com quatro focos principais de atuação (art. 4º): a) foco etário: jovens de 15 a 24 anos; b) foco social: jovens e adolescentes egressos do sistema prisional ou em situação de rua, famílias expostas à violência urbana, vítimas da criminalidade e mulheres em situação de violência; c) foco territorial: regiões metropolitanas e aglomerados urbanos que apresentem altos índices de homicídios e de crimes violentos; e d) foco repressivo: combate ao crime organizado.

No total, envolvia um conjunto de 94 ações, a participação de 14 ministérios e dos gabinetes de gestão integrada nos estados e municípios, com um orçamento previsto de R\$ 6,7 bilhões em 4 anos (SILVA, 2009, p. 36). As ações foram divididas em dois eixos principais, quais sejam, programas estruturais (modernização das instituições de segurança pública e do sistema prisional, valorização dos profissionais de segurança pública e enfrentamento à corrupção policial e ao crime organizado) e programas locais (Territórios da Paz, integração do jovem e da família, segurança e convivência).

Os gastos com segurança pública, nada obstante o aporte bilionário do PRONASCI, ainda são muito concentrados nos

estados, responsáveis, em 2010, por 81% do total de gastos, enquanto o governo federal arcou com 12% e os municípios com 7% (COSTA; LIMA, 2015, p. 335).

E, mesmo na seara federal, os gastos são concentrados em poucas iniciativas. Schabbach (2014, p. 221) indica, ainda, que, no período entre 2008 e 2011, de um total de mais de 4 bilhões de reais, 93% dos gastos foram destinados a três tipos de ações do PRONASCI: 53% ao Programa Bolsa-Formação; 21% a projetos envolvendo o fortalecimento e a modernização das instituições de justiça criminal e a construção de prédios; e 19% a ações de prevenção.

Dentre as ações voltadas ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, previa-se somente a capacitação de seus membros e de defensores públicos em direitos humanos, com foco na aplicação de tratados internacionais e na criação de núcleos de justiça comunitária.

O PRONASCI visualizava a segurança pública como uma questão transversal e multifacetada, contudo

[...] as ações entre os órgãos da área da segurança pública enfrentam limitações de atuação articulada nas estruturas de poder. O Poder Executivo e o Judiciário não atuam de forma conjunta no sentido de garantir a prevenção do delito, o julgamento célere para evitar, inclusive, a impunidade e a injustiça. (CARVALHO; SILVA, 2011, p. 66).

3.3 O Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP-2017) do governo Temer

Dos três planos aqui abordados, o de menor amplitude do ponto de vista da implementação de política pública é o plano de 2017, recém-lançado pelo governo Temer, tendo por ministro da Justiça Alexandre de Moraes (PLANO..., 2017). O estopim foi novamente a crise carcerária, com várias rebeliões em presídios pelo país, que, no caso, ainda tiveram como novidade um elevado grau de violência.

Lançado como um plano de ação, consubstanciava muito mais uma carta de intenções do que seria feito que uma política pública estruturada. Seus objetivos focavam-se na redução de homicídios, feminicídios e violência contra a mulher; na racionalização e na modernização do sistema penitenciário; e no combate ao crime organizado transnacional e a execução do plano iniciará pelas cidades de Natal, Porto Alegre e Aracaju, mas com abrangência de 209 municípios.

O plano tinha como metas: a) redução anual de 7,5% de homicídios nos municípios abrangidos pelo Plano; b) aumento na celeridade das investigações e processos de violência doméstica em 20% nos municípios abrangidos pelo Plano; c) até dezembro de 2017, obter informações completas e detalhadas em tempo real de todo o sistema penitenciário; d) até 2018, redução da superlotação carcerária em 15%; e) até 2017, aumento de 10% na quantidade de armas e drogas apreendidas; f) até 2018, aumento de 15% na quantidade de armas e drogas apreendidas.

Como medidas de integração com o Ministério Público e o Poder Judiciário, preveem-se: a) a articulação com eles no sentido de priorizar julgamento de processos envolvendo homicídios dolosos e feminicídios; b) a possibilidade de criação de departamentos de inquéritos relacionados a estes crimes – sem esclarecer exatamente o que seriam tais departamentos; c) criação de grupos de atuação especial no âmbito do Ministério Público para acompanhamento das investigações dos tipos de crimes referidos. Especificamente relacionado ao sistema prisional, realização de mutirão de audiência de custódia, com a disponibilização de tornozeleiras e acompanhamento individualizado dos soltos.

4 Políticas de segurança pública e justiça criminal: o Ministério Público e o Poder Judiciário

Fica claro que as políticas de segurança pública, a partir dos grandes planos nacionais, buscam integrar diferentes pastas governamentais, órgãos de controle e sociedade civil, articulando-os e corresponsabilizando-os, tendo por pano de fundo a ideia de que a segurança pública é direito fundamental (KRUCHIN, 2013, p. 47). Entretanto, como ressaltado por Siqueira (2017):

Estudos [...] criticam as políticas de segurança pública do Estado brasileiro, por estarem voltadas à manutenção do *status quo* e não à implementação eficiente de uma gestão da criminalidade, bem como por se apresentarem deficitárias nas estratégias de prevenção. Tratar-se de uma política voltada, apenas, para o gerenciamento de crises, marcada pela ineficiência e pelo caráter meramente reativo ao fenômeno da criminalidade, sem preocupação com um desenvolvimento adequado do ciclo de políticas públicas e com a eficiência dos modelos para atingir os resultados pretendidos. (SIQUEIRA, 2017, p. 37).

E, apesar de salutareos os avanços obtidos, é certo que, como afirma Adorno (2008), ainda se está preso a um passado autoritário:

Não obstante, não lograram alcançar inteiramente suas metas, sobretudo porque não romperam com as heranças do regime autoritário, ainda incrustadas nos domínios da polícia e das prisões. Buscaram conferir uma feição modernizadora às políticas formuladas, a despeito de terem de agir no interior de um quadro institucional conservador, dominado por atores que reivindicam o monopólio do saber técnico, não escutam profissionais fora de seus círculos corporativos, não se sujeitam à crítica externa, não prestam contas à sociedade, e – o pior – não se sentem responsabilizados pelas consequências de suas ações. (ADORNO, 2008, p. 16-17).

A despeito do que ocorre com outras políticas públicas, na segurança pública o arranjo político-institucional não consolidou uma agenda coletiva de estratégias e objetivos claros a serem atingidos (BALLESTEROS, 2014, p. 19). Poderia se argumentar que, diferentemente das outras políticas públicas, aqui devem ser perseguidas as causas da criminalidade. Contudo, a formulação de políticas de segurança pública pode prescindir do debate acerca das causas da criminalidade, pois não há consenso, devendo ser “pautadas por metas claras e definidas a serem alcançadas através de medidas confiáveis para a avaliação desses objetivos e pelos meios disponíveis para sua realização de forma democrática.” (BEATO FILHO, 1999, p. 15).

Os pontos nevrálgicos da política criminal levada a efeito pelo Estado brasileiro são atacados por Moraes (2006):

O Estado faz exatamente o oposto do que se espera de uma política criminal eficiente. Primeiro, porque, sem analisar e

atacar as causas do crime, utiliza-se da legislação criminal como único instrumento de sua política pública. Segundo, porque vulgariza a sanção penal, mais importante meio de coerção estatal, para finalidades a que ela não foi idealizada, tais como tentar suprir insuficiências públicas e individuais e resolver conflitos sociais que poderiam e deveriam ser neutralizados, ou solucionados, por outras áreas do direito, e com outras políticas públicas. Terceiro, porque, ao deslegitimar o aparato criminal (por sua equivocada utilização para a solução de conflitos sociais), busca se legitimar com um maior incremento da carga punitiva. Quarto, como o direito criminal é ineficaz ao fim para o qual é disposto, o aumento da carga punitiva só faz aumentar o número de condenados e presos e, por seu caráter seletivo, leva ao descrédito social aquele que deveria ser o mais parcimonioso e respeitado instrumento de poder político de um Estado moderno, o sistema punitivo. (MORAES, 2006, p. 199-200).

Nesse contexto, o distanciamento das políticas de segurança pública das práticas do sistema de justiça criminal acaba por minar a primeira. Se o objeto primário da segurança pública é a defesa da ordem pública (Constituição, art. 144), fazendo remissão ao campo do controle da criminalidade, e, portanto, competência por excelência do sistema de justiça criminal, os dois sistemas se sobrepõem, cabendo a ambos trabalhar em sinergia (ANDRADE, 2013, p. 339). E denota-se o papel central do Ministério Público em uma política criminal, parte da segurança pública, voltada ao controle da criminalidade.

A busca por efetividade das políticas públicas de segurança não pode prescindir das agências do sistema de justiça criminal, sob pena de incorrerem em fracasso certo, ou seja, “as práticas de segurança pública reclamam, como já destacado, compreensão e envolvimento de interdependência institucional e social, não

há como discutir focos repressivo, etário, social ou territorial sem o envolvimento direto dos planejamentos do aparato de Justiça” (SUXBERGER, 2013, p. 354) e, especificamente sobre o PRONASCI:

Os órgãos colegiados responsáveis pelo planejamento, gestão e avaliação das iniciativas do Pronasci não contam com qualquer contato mais próximo do Ministério Público (sejam os Ministérios Públicos estaduais, seja o Ministério Público por seus diversos ramos) ou o Poder Judiciário nacional (idem aqui: seja estadual, seja federal). (SUXBERGER, 2013, p. 353).

Não obstante ser a ação policial o primeiro filtro dos sistemas de segurança pública e de justiça criminal, os demais órgãos, Ministério Público e Poder Judiciário, exercem papel relevante na implementação da política criminal, aqui entendida como “conjunto de decisões técnico-valorativas sobre os instrumentos, regras, estratégias e objetivos do exercício institucionalizado do poder político estatal pelo uso da coerção penal em face de condutas indesejadas” (MORAES, 2006, p. 187), com dois grandes campos de atuação, quais sejam, o crime e os meios e instrumentos para lidar com ele (MORAES, 2006, p. 189). Política criminal que “como parte integrante do todo denominado Política de Estado, dependente não apenas do êxito das demais políticas públicas, mas, principalmente, e antes, necessita pressupor que haja aquele todo anterior e no qual se insere, uma Política de Estado.” (MORAES, 2006, p. 185).

E essa articulação não é somente com o sistema da segurança pública. As próprias agências que compõem o sistema de justiça de criminal conflitam entre si e não atuam articuladamente,

atuando muitas vezes em divergência (BEATO FILHO, 1999, p. 17). É sintomático, como afirmam Fontoura, Rivero e Rodrigues (2009), que

[...] o capítulo dedicado à segurança pública trate tão somente de órgãos de natureza policiaesca e não incorpore o papel do Ministério Público (Ministério Público), do Judiciário ou dos agentes penitenciários neste campo de atuação do Estado. Isto corrobora uma visão de segurança como repressão policial, que pode ser avaliada como limitadora e produtora de políticas pouco eficientes, porque restritas. (FONTOURA; RIVERO; RODRIGUES, 2009, p. 145).

É evidente que ambos os sistemas têm enfrentado dificuldades em lidar com o aumento da criminalidade evidenciado nas décadas de 1980/1990, o que leva a uma perda de sua legitimidade e desconfiança nas instituições de justiça e segurança (AZEVEDO, 2009, p. 97), contudo, a crise aqui experimentada não é de eficiência e sim de efetividade, pois não há que se falar em aprimoramento ou eficiência do sistema de justiça criminal.

Para Suxberger (2013, p. 348), “a crise experimentada pelo Brasil, em relação ao seu sistema de justiça criminal e, de modo mais patente, em suas políticas de segurança pública, refere-se a uma crise de efetividade”, ressaltando que o sistema de justiça criminal não funciona, não cabendo discutir seu aprimoramento, ou seja, sua eficiência. A única promessa possível que o sistema de justiça criminal comporta é a da efetividade, pois há muito a Criminologia vem evidenciando a ausência de fundamento empírico de que o Direito Penal ou a pena criminal cumpra seus fins declarados:

São duas percepções sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal e a realização das políticas públicas de segurança pública. A primeira, eles (sistema de justiça criminal e políticas de segurança pública) não funcionam. Essa constatação é verdadeira quando se tem em mente a que eles se dirigem. Se a preocupação é com a efetivação de um Estado democrático de Direito, não funcionam. A segunda, eles funcionam – e funcionam muito bem – para a manutenção de um modelo econômico e social injusto e fomentador da desigualdade. (SUXBERGER, 2013, p. 349-350).

Como órgão da persecução penal e implementador da política criminal, o Ministério Público exerce papel relevante nesse contexto. É certo que o Ministério Público, com a Constituição de 1988, ganhou dimensão antes não experimentada no arranjo institucional brasileiro. Com isso, e especificamente sobre a questão das políticas públicas, passou o Ministério Público a ter funções de agente político, produtor social, fomentador, incentivador e, até mesmo, de formulador de políticas públicas, atuando legitimamente como “canal de comunicação” entre a sociedade e o Estado (CAMBI, 2016, p. 643), e diversamente não poderia ser quanto à política de segurança pública (GOMES, 2010; NEVES, 2012).

Se, por um lado, o Ministério Público tornou-se relevante ator no processo político, com aumento da judicialização de conflitos políticos, por outro, há uma visão conservadora da política e da sociedade compartilhada por seus membros, caracterizando a sociedade civil brasileira como hipossuficiente e carente de órgãos públicos na defesa de seus direitos de cidadania (AZEVEDO, 2009, p. 103). Siqueira (2017) critica, afirmando que:

A instituição, tradicionalmente, também não se debruça sobre como as crenças subjacentes aos próprios operadores do sistema repercutem na persecução criminal, sobre o impacto que as posturas adotadas pelos membros têm na política criminal, nem sobre em que medida o processo penal funciona como instrumento de gerenciamento da criminalidade, embora se reconheça a função preventiva do direito material em questão. (SIQUEIRA, 2017, p. 51).

Ainda na seara criminal, Azevedo (2009, p. 103-104) aponta para pesquisas que indicam uma valorização de práticas punitivas dentro da instituição (Ministério Público) e a falta de investimento institucional no controle e na persecução à violência policial.

Azevedo (2009, p. 104) dirige o foco ao Poder Judiciário, evidenciando que pesquisas empíricas denotam a “existência de uma dupla seletividade na atividade judiciária”, ou seja, maior punição para camadas sociais desfavorecidas econômica e culturalmente, favorecimento das camadas superiores e “seletividade na interpretação da lei”, com juízes abusando de sua discricionariedade a partir de critérios políticos e ideológicos. O mesmo autor ressalta, ainda, a “ampliação da utilização da prisão provisória anterior à sentença condenatória, cada vez mais incorporada à normalidade do funcionamento do processo”.

A crítica interna a atuação do Ministério Público deve ser feita, pois participa dessa crise experimentada pelo sistema de justiça criminal e pelas políticas públicas, notadamente as de cunho nacional, e não tem voltado seus focos para a discussão da política criminal ou do sistema de justiça criminal. E tal função

poderia ser capitaneada por seu órgão de cúpula, o Conselho Nacional, o qual tem atuado muito mais correcionalmente e no controle de pessoal (SUXBERGER, 2013, p. 354).

Muito se mudou para não mudar nada, pois, como critica Silva (2012, p. 427), criam-se novas vagas no sistema prisional, mas sem previsão de medidas para reintegração e apoio ao egresso, ou realizam-se mutirões em delegacias, articulando-os com as Defensorias Públicas, mas sem discutir alternativas à prisão, notadamente à prisão provisória, e ao uso de medidas cautelares ou, ainda, fomenta-se o fortalecimento da articulação entre Polícia Civil, Ministério Público e Poder Judiciário, sem questionar a produção de verdade dentro do inquérito policial. “Em outras palavras, é prudente – ou até mesmo ‘correto’ – investir nas instituições da justiça e da segurança, sem exigir que, ao menos em alguma medida, elas se reinventem?” ou, nas palavras de Adorno (2008):

[...] a sociedade mudou, os crimes cresceram e se tornaram mais violentos, mas as instituições encarregadas da proteção dos cidadãos bem como de aplicar a lei e ordem permaneceram operando segundo o mesmo modelo que o faziam há três ou quatro décadas. Polícia, justiça penal e sistema penitenciário não acompanharam o ritmo dos novos tempos. Mantiveram práticas tradicionais de controle social, baseadas na manutenção de uma “cordão sanitário” em torno das “classes perigosas”. Essas práticas se revelam hoje completamente superadas. (ADORNO, 2008, p. 11).

5 Conclusões

A fundamentalidade do direito à segurança pública não é suficiente para garantir, de pronto, sua factibilidade, carecendo de política pública para sua implementação. A par disso, a Constituição passou a prevê-lo também como dever do Estado e responsabilidade de todos, o que, por um lado, inovou em relação às constituições anteriores. Por outro, ao dar conformação apenas organizacional a partir do art. 144, demonstrou sua herança pré-constitucional.

Apesar disso, das políticas públicas em vigor, viu-se que a segurança pública é daquelas que ainda não contam com ciclo de implementação, o que, conjugado com os elevados índices de criminalidade experimentados nas últimas décadas no país e com a inabilidade dos Estados-membros em lidar com o problema, acabou sendo tema relegado a um debate somente repressivo, restrito às organizações de natureza policial.

A partir de meados da década de 1990, contudo, novos atores foram incluídos ou se incluíram no debate e na tentativa de lidar com a (in)segurança para além das instituições policiais, a exemplo dos municípios e sua vocação para políticas de prevenção; da sociedade civil, cuja participação teve como ponto alto a realização da Conferência Nacional de Segurança Pública e , também, das instituições acadêmicas. Institucionalmente, o governo federal assumiu papel de relevância, com a estruturação de grandes planos nacionais de segurança pública e a prestação

direta de segurança pública, a exemplo da Força Nacional de Segurança.

O arranjo constitucional das instituições e a implementação da política de segurança pública pouco diferem de outras políticas públicas. Ao Executivo, cabe o papel de planejar e gerir a política de segurança pública com vistas à prevenção e repressão ao crime e à violência. Ao Judiciário, o papel da tramitação processual e da aplicação da legislação. Ao Legislativo, estabelecer o marco normativo necessário ao funcionamento adequado do sistema de justiça criminal.

A par disso, viu-se, da conformação dos três planos nacionais, que o foco repressivo ainda é norteador das políticas de segurança pública, nada obstante a tentativa de se aliar o combate à criminalidade a políticas de inclusão social ou de prevenção de crimes. Tais políticas deveriam envolver em seu instrumental de reformas não somente as polícias, mas também o Poder Judiciário e o Ministério Público, promovendo a articulação com a totalidade do sistema de justiça criminal. É necessária a articulação entre polícias, Ministério Público e Poder Judiciário, com aportes da sociedade civil, tendo por fim a efetividade da política criminal posta.

Diversamente do que ocorre em outras políticas públicas, o Ministério Público e o Poder Judiciário, por serem instituições por meios das quais se implementa a política criminal vigente, devem ser destinatários, também, de parte das políticas de segurança pública, já que o papel de repressão de crimes é relevante em

tais políticas. Notadamente, o Ministério Público, além de atuar externamente, induzindo e promovendo a política pública de segurança, atua internamente com o mesmo destinatário dessa política.

A exclusão dos demais órgãos do sistema de justiça criminal, à exceção das polícias, como destinatários das políticas de segurança pública tem suas consequências, já que o Estado não pode prescindir daqueles órgãos na conformação de sua política criminal. Bom exemplo destes efeitos é o aumento do encarceramento no país nas últimas décadas, acompanhado de um aumento do número de presos provisórios e da manutenção dessa condição ao longo dos anos, a despeito de várias alterações legislativas (introdução das penas alternativas e das medidas cautelares diversas da prisão) e de esforços do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público – com os mutirões carcerários – objetivando a diminuição da superlotação carcerária.

Outro obstáculo para a estruturação da segurança pública é a inexistência de estatísticas oficiais confiáveis a viabilizar estudos verossímeis que possam fundamentar políticas públicas efetivas, conforme diagnosticam Lima, Misse e Miranda (2000), problema até hoje ainda não solucionado, mesmo com a existência de órgãos nacionais de controle, como Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público:

[...] tem-se verificado que, para a formulação de políticas de segurança, é preciso um diagnóstico tecnicamente orientado sobre a criminalidade e a violência, a partir de dados consistentes

sobre as diferentes atividades criminais e violentas que afetam o cotidiano dos cidadãos. Tornou-se, então, uma questão central o processamento das estatísticas oficiais das instituições de segurança para a efetividade das políticas públicas. (LIMA; MISSE; MIRANDA, 2000, p. 58).

Na conformação dos planos nacionais de segurança pública, as medidas que contemplam o sistema de justiça criminal, a saber, Ministério Público e Poder Judiciário, são poucas e de pouco alcance prático. Não há discussão com aqueles órgãos, não se colocam em debate os problemas mais sérios deste sistema, a exemplo da produção de verdade a partir do inquérito, nem se traz os atores para dentro dos órgãos incumbidos de implementar a política, a exemplo dos Gabinetes de Gestão Integrada e demais órgãos executivos.

Certo é que se discute muito a reforma das polícias, o que é salutar diante do quadro de elevada criminalidade e problemas de violência institucionalizada no âmbito daquelas corporações. Contudo, olvida-se a outra ponta do sistema de justiça, deixando de fora uma discussão acerca da estrutura do Ministério Público e do Poder Judiciário e do papel na repressão de crimes, o que dá às políticas públicas um caráter de pouca ou nenhuma efetividade sob o foco repressivo nesta seara.

Title: Public security policies and the criminal justice system: the Public Prosecutor's Office and the Judiciary in the National Public Security Plans

Abstract: The article discusses the distance between public security policies and the criminal justice system. The objective is to discuss the conformation of national public security plans and

the direction at the criminal justice system, with emphasis on the Public Prosecutor's Office and the Judiciary. The starting point for our analysis is the discussion about the fundamental right to protection of public security as provided in the Constitution. After that, the opening of the debate will be on public security, with the rise of new political actors - federal and municipal governments - and civil society. The National Public Security Plan of President Fernando Henrique Cardoso's Government, the PRONASCI of the second term of President Lula's Government and the National Public Security Plan of President Temer's Government are problematized. At the end, the discussion will be about the interface between public security policies and the criminal justice system, with focus on the current criminal policy and the role of the Public Prosecutor's Office, the exclusion of public security actors from the criminal justice system and its consequences of such bar. It is concluded that the exclusion of the other organs of criminal justice system for the conformation of public security policies cannot do without the participation of those bodies in the criminal policy, under penalty of its failure. We adopted the methodology of documentary analysis and bibliographic review with approach to public policies and to definition of their institutional arrangements, actors and skills.

Keywords: Public policies. Public security. Criminal justice. Public Prosecutor's Office.

Referências

ADORNO, Sérgio. Políticas públicas de segurança e justiça penal. *Cadernos Adenauer*, v. 9, n. 4, p. 9-27, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A mudança do paradigma repressivo em segurança pública: reflexões criminológicas críticas em torno da proposta da 1º Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública. *Sequência*, Florianópolis, n. 67, p. 335-356, dez. 2013. Disponível em: <<http://>

www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552013000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. 2014. 1303 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2014. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/17696/1/ulsd070111_td_Thiago_Avila.pdf>. Acesso em: 13/02/2017.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Justiça penal e segurança pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 94-113, 2009. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/viewFile/42/40>>. Acesso em: 1 maio 2017.

BALLESTEROS, Paula Rodriguez. Gestão de políticas de segurança pública no Brasil: problemas, impasses e desafios. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 6-22, 2014. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/viewFile/353/173>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

BEATO FILHO, Cláudio C. Políticas públicas de segurança e a questão policial. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 13-27, dez. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-

88391999000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.

CANO, Ignacio. Políticas de segurança pública no Brasil: tentativas de modernização e democratização versus a guerra contra o crime. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 136-155, dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452006000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 abr. 2017.

CARVALHO, Vilobaldo Adelídio de; SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 59-67, maio 2011. ISSN 1982-0259. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-49802011000100008>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

COSTA, Arthur Trindade da; LIMA, Renato Sérgio de. Mudanças políticas e transformações no campo da segurança pública no Brasil. In: MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). *Justiça criminal e democracia II*. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2015. p. 327-346.

FONTOURA, Natália de Oliveira; RIVERO, Patricia Silveira; RODRIGUES, Rute Imanishi. Segurança pública na Constituição Federal de 1988: continuidades e perspectivas. *Políticas Sociais: acompanhamento e análise*, Brasília, v. 3, n. 17, p. 135-196, 2009. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps_completo.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

GOMES, Décio Alonso. Política criminal brasileira e o papel do Ministério Público. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 19-42, abr./jun. 2010.

GONÇALVES, Ligia Maria Daher. *Política de segurança pública no Brasil na pós-transição democrática: deslocamentos em um modelo resistente*. 2009. 185 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-16082011-105157/pt-br.php>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

KRUCHIN, Mariana Kiefer. Análise da introdução de um novo paradigma em segurança. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 40-56, 2013. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/download/204/132>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

LIMA, Kant de; MISSE, Michel; MIRANDA, Ana Paula Mendes de. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. *BIB: revista brasileira de informação bibliográfica em ciências sociais*, Rio de Janeiro,

v. 50, n. 2, p. 45-124, 2000. Disponível em: <https://www.academia.edu/5310174/Viol%C3%Aancia_Criminalidade_Seguran%C3%A7a_P%C3%ABlica_e_Justi%C3%A7a_Criminal_no_Brasil_Uma_Bibliografia>. Acesso em: 21 mar. 2017.

MORAES, Maurício Zanoide de. Política criminal, Constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 101, p. 403-430, 2006. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67712>>. Acesso em: 1 maio 2017.

NATAL, Mariane. Políticas públicas de segurança para o combate a violência e a criminalidade no Estado Democrático de Direito: as Unidades de Polícia Pacificadora (UPPS). In: FREITAS, Vladimir Passos de; GARCIA, Fernando Murilo Costa (Coord.) *Segurança pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 183-203.

NEVES, Sheila Maria da Graça Coitinho das. O papel do Ministério Público na prevenção de crimes: breve abordagem sobre a legitimidade do *Parquet* na promoção de políticas públicas que visem reduzir a prática de delitos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 343-382, maio/jun. 2012.

PLANO Nacional de Segurança Pública. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Comunicação de Governo, 2000. 35 p. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/>>

procuradoria_geral/nicceap/legis_armas/Legislacao_completa/Plano_Nacional_de_Seguranca_Publica_2000_2002.pdf>.
Acesso em: 17 mar. 2017.

PLANO Nacional de Segurança Pública. Brasília: Presidência da República, Ministério da Justiça, 2017. 62 p. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/plano-nacional-de-seguranca-preve-integracao-entre-poder-publico-e-sociedade/pnsp-06jan17.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

SCHABBACH, Leticia Maria. A agenda da segurança pública no Brasil e suas (novas) políticas. In: MADEIRA, Ligia Mori (Org.). *Avaliação de políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS, 2014. p. 217-231. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/108157/000948607.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

SENTO-SÉ, João Trajano. A construção de um discurso sobre segurança pública no âmbito nacional: apontamentos para um programa de pesquisa. *Dilemas: revista de estudos de conflito e controle social*, v. 4, n. 3, p. 501-521, fev. 2011. ISSN 2178-2792. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7257>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

SILVA, Fábio Sá e. “Nem isto, nem aquilo”: trajetória e características da Política Nacional de Segurança Pública (2002-2012). *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 412-433, 2012. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/download/128/125>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

SILVA, Ronaldo Teixeira da. Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci). In: OLIVEIRA, Fatima Bayma de et al. (Org.). *Desafios da gestão pública de segurança*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 31-37.

SIQUEIRA, Lia. *Segurança pública e Ministério Público: judicialização e participação social para a prevenção do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. No prelo.

SOARES, Luiz Eduardo. A Política Nacional de Segurança Pública: histórico, dilemas e perspectivas. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 77-97, dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142007000300006&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 25 mar. 2017.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Ministério Público e política criminal: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2010.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Segurança pública e os dilemas de uma democracia em crise. In: MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). *Justiça criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013. p. 345-366.

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

CERQUEIRA, Ericson dos Santos. Políticas de segurança pública e sistema de justiça criminal: o Ministério Público e o Poder Judiciário nos planos nacionais de segurança pública. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 303-344, 2019. Anual.

Submissão: 5/6/2017

Aceite: 15/9/2017

O ápice da atuação: omissões legislativas (i) legitimam o ativismo judicial

Thompson Adans Rodrigues Gomes

Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Pesquisador pelo CNPq – Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC).

Carlos Eduardo da Silva Galante

Mestre em Direito Internacional. Mestrando em Direito Constitucional. Pós-graduado em Direito Constitucional, Administrativo, Penal, Civil, Processual Civil. Graduado em Secretariado e em Direito. Professor de cursos de graduação, pós-graduação, cursos a distância e preparatórios para o Exame de Ordem e concursos públicos.

Resumo: Este artigo apresenta a omissão legislativa e suas consequências para a sociedade, aborda-se a liberdade de criar do legislador e sua relação de obrigatoriedade em legislar. Por meio de uma abordagem crítico-interpretativa e análise de uma extensa fonte bibliográfica, pretende-se expor o vácuo social gerado pela omissão do Poder Legislativo. Evidenciam-se os remédios ou as ações constitucionais que têm por finalidade minimizar os efeitos das omissões ocasionadas pelos legisladores e reflete-se acerca da instituição de sanções ao Poder Legislativo por abuso de poder negativo. Propõem-se, ainda, soluções para se obstar essas omissões. Uma delas é a atuação supletiva do Judiciário e, em última análise, questiona-se se tal atuação poderia ser classificada como ativismo judicial e se poderia ser legitimada devido ao vácuo ocasionado pela omissão legislativa.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade por omissão. Conformação do legislador. Poder negativo. Sanção. Atuação supletiva. Eficácia da norma constitucional.

Sumário: Introdução. 1 A liberdade de criar. 2 A eficácia da norma constitucional: a incumbência ao legislar. 2.1 Normas de eficácia limitada. 2.2 Normas programáticas. 2.3 Omissão legislativa: O vácuo da inação. 3 Engrenagens do sistema de ação. 4 Agindo nos limites do ativismo. 5 Considerações finais. Referências.

Introdução

As omissões inconstitucionais são um tema relevante devido ao impacto que ocasionam na sociedade, no sentido de promover um vácuo social e não permitir o pleno desenvolvimento jurídico, social, cultural e econômico. É certo que os legisladores não são obrigados a legislar, embora essa seja a tarefa precípua atribuída a eles pela Constituição Federal, o que configura uma relação paradoxal, pois, se são eleitos para legislar, por qual razão não se lhes impõe que legislem?

Essa liberdade de conformação dos legisladores vem sendo utilizada de forma abusiva, destarte, o excesso de poder negativo traz estagnação para a sociedade. Concernente a tal postura do Poder Legislativo, surge a reflexão: ora, os Poderes são pautados por uma relação harmônica, porém, o abuso do poder negativo dos legisladores não torna desequilibrada esta relação? E o que se poderia fazer no caso em tela? A Constituição propôs ações constitucionais para obstar as omissões inconstitucionais, contudo, a decretação de inconstitucionalidade por omissão gera efeitos mínimos ao Legislativo, promovendo a incúria. Dentre as mais variadas soluções para a mora legislativa em legislar, está a atuação supletiva do Judiciário, que seria o ponto culminante pela busca do equilíbrio entre os Poderes; entretanto, essa atuação pode ser vista como ativismo judicial.

O objetivo geral deste estudo é evidenciar o desleixo do Poder Legislativo e sua despreocupada postura em legislar, que é fundada na liberdade de conformação dos legisladores, os

quais se valem desta para justificar sua inércia. Ao que se aborda especificamente na obra, tem-se desenvolvimento do raciocínio de aplicações de sanções às posturas abusivas de poder negativo do Legislativo, além disso, evidencia-se a possibilidade de atuação supletiva do Judiciário, afastando-a do ativismo judicial, de modo a defender que são classificações distintas de formas de atuações judiciais.

A escolha do tema se funda na possibilidade de demonstrar o quão vem sendo prejudicial a postura omissa do Poder Legislativo, que, embasado em uma teoria arcaica de relação harmônica dos Poderes, escusa-se de uma obrigação de cunho social para a qual foram eleitos legisladores. Este estudo se vale do referido tema para alcançar objetivos específicos de cunho social e jurídico: o incentivo da discussão de aplicação de sanções à incúria legislativa; a busca do reequilíbrio entre os Poderes por meio de uma atuação supletiva do Judiciário, que não deve ser confundida como ativismo; e, por fim, o alcance do desenvolvimento pleno da sociedade, retirando-a de um vácuo social.

1 A liberdade de criar

O Poder Legislativo pátrio é fortemente criticado por sua inércia frente a muitas demandas sobre as quais prefere manter-se em silêncio. Contudo, a sociedade se engana ao acreditar que a taciturnidade legislativa incorre em negligência para com a população, de tal forma a desconsiderar o princípio da liberdade de conformação do legislador, que possibilita aos representantes

do legislativo exteriorizar condutas ativas e omissivas, ou seja, “[...] a atuação dos representantes do povo no Parlamento ocorre concomitantemente nas modalidades positiva e negativa [...] a partir da ação e da omissão na elaboração de comandos normativos” (BARBOSA, 2015). Assim, vê-se que “[...] o silêncio legislativo [...] não é necessariamente um problema a ser resolvido, podendo ser uma opção política válida” (BARCELLOS, 2015, p. 666 apud BARBOSA, 2015).

Segundo Caixeta (2015), a liberdade de conformação do legislador é essencial à democracia, e tal liberdade compreende tanto o ato legislado quanto a decisão de legislar ou não – ou, ainda, quando legislar. De modo que não se deve confundir-la com arbitrariedade, não podendo ser cerceada sob o fundamento de que o legislador, ao se calar, se transforma em poder constituinte ao decidir quando tornar aplicável uma norma constitucional. Ainda sobre a liberdade de conformação do legislador, Caixeta (2015) expõe que, se no constitucionalismo liberal clássico o legislador era absolutamente livre (devido à potestade do Parlamento, para decidir quando, como e se legislar), no constitucionalismo democrático, essa liberdade não é tão extensa, pois o constituinte desconfiou do legislador ordinário, destarte a tornar a liberdade de conformação não irrestrita. Assim, segundo Cunha Júnior (2012), a referida liberdade de conformação encontra nítidos limites e, ainda, está vinculada à observância do padrão mínimo, o qual tem a finalidade de assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna.

Em relação ao assunto exposto neste tópico, a doutrina não se mostra uníssona, pois alguns autores se posicionam de forma rígida a não dar espaço para liberdade de conformação ou interpretá-la de modo que o legislador não tenha a opção de inércia e sim somente a escolha de quando legislar, e outros, como foi demonstrado acima, lecionam que o silêncio legislativo é válido. Desta forma, para complementar a visão sobre o tema, evidencia-se a concepção de Cunha Júnior (2012), o qual leciona, acerca da liberdade de conformação do legislador, que:

Esta consiste tão-somente, segundo defendemos, no espaço livre de deliberação do legislador acerca do “como” dispor normativamente sobre a matéria sujeita à regulação, isto, evidentemente, se a própria norma constitucional não estabelecer o meio a ser adotado. Mas o dever de legislar se impõe. Uma coisa é a obrigação de legislar, outra é como legislar. Evidentemente que esta última só terá sentido se a primeira se efetivar (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 636).

Ainda em convergência com os pensamentos de Cunha Júnior (2012), o dever de legislar e a liberdade de conformação devem ser entendidos em conjunto, no sentido de que o legislador deve legislar, tem a obrigação indeclinável de legislar, porém, quando legislar, em cumprimento a um dever constitucional, tem a liberdade para decidir como e de que modo fazê-lo. Ademais, essa liberdade, nas palavras de Cunha Júnior (2012), não é um “cheque em branco”, pois ela se submete a um conteúdo mínimo, conhecido como núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Objetivando adicionar clareza aos limites da liberdade de conformação do legislador, Cunha (2012), interpretando Canotilho, diz que o referido autor “[...] reafirma o compromisso

e a capacidade de a Constituição dirigente limitar a liberdade de conformação do legislador e vinculá-lo aos fins que integram o programa constitucional” (COUTINHO, 2005, p. 31 apud CUNHA JÚNIOR, 2012, p.139), desta forma “[...] o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional” (COUTINHO, 2005, p. 15-16 apud CUNHA JÚNIOR, 2012, p.139).

Diante do que fora exposto, percebe-se que o legislador pátrio, frente aos atos normativos, possui uma liberdade de conformação, contudo, ela não se demonstra absoluta e, ainda, quando há relação com os direitos fundamentais, tal liberdade se torna menos flexível, conforme Sarlet (2012), citando Canotilho (1992). Aquele autor discorre que a densidade da norma constitucional é correlata à proximidade da norma em relação aos seus efeitos e às condições de aplicação, de modo que, quanto mais densa a norma, menor a liberdade de conformação do legislador; entretanto, haverá normas mais densas que outras, podendo reclamar uma interposição do legislador. Ressalte-se, também, que o silêncio legislativo, segundo doutrinadores, pode ser encarado como uma opção política válida, porém, até onde se considera este silêncio sem desembocar em uma omissão inconstitucional?! Ora, a liberdade de conformação pode contrariar normas constitucionais? Esses questionamentos serão pontos da próxima análise deste trabalho, os quais estão relacionados à classificação e à eficácia da norma constitucional, que construirá a base dos argumentos sobre a omissão inconstitucional, que,

segundo Mendes e Branco (2014), é um evento relativamente recente, pois antes, a inconstitucionalidade da lei configurava-se sempre diante de inconstitucionalidade por ação, isto é, resultava de um afazer positivo do legislador.

2 Eficácia da norma constitucional: a incumbência ao legislar

Dentre tantas classificações das normas constitucionais – normas constitucionais *self-executing* e *not self-executing*; classificação da doutrina italiana; classificação de J.H. Meirelles Teixeira; de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito; de Maria Helena Diniz; de Pontes de Miranda e de outros grandes doutrinadores –, preferiu-se seguir a classificação de José Afonso da Silva, a qual se demonstra mais útil ao objetivo proposto por este trabalho, pois tal “[...] classificação prima pela efetividade constitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 181).

Conforme Silva (1999) defende, não há norma constitucional destituída de eficácia, e todas irradiam efeitos jurídicos, importando inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição e nova ordenação instaurada. Segundo o autor, o que se pode admitir é que “[...] a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida” (SILVA, 1999, p. 81-82). Assim, considerando que todas as normas constitucionais possuem eficácia, “[...] sua distinção, sob esse aspecto, deve

ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos” (SILVA, 1999, p. 82). Cunha Júnior (2012) expõe que Silva (1999) parte da classificação da doutrina italiana, de Vezio Crisafulli, na qual as normas constitucionais classificam-se, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos: a) normas constitucionais de eficácia plena, que possuem aplicabilidade imediata; e b) normas constitucionais de eficácia limitada, que se subdivide em: normas de legislação e normas programáticas. Contudo, a classificação de José Afonso acrescenta um grupo, “[...] a fim de fazer-se uma separação de certas normas que preveem uma legislação futura, mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada” (SILVA, 1999, p. 82). Destarte, conclui-se que o autor em questão “parte da premissa de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia e aplicabilidade, variando apenas, para mais ou para menos, o grau de eficácia e aplicabilidade entre elas” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 172), e desta maneira é proposta a classificação tríplex: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que ainda se subdivide em: normas de princípio institutivo ou organizativo e normas de princípio programático.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor, “[...] produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta

e normativamente, quis regular [...]” (SILVA, 1999, p. 101), pois são “[...] dotadas de normatividade suficiente para atuar. Assim, são de aplicabilidade direta, imediata e integral” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 172). De acordo com Cunha Júnior (2012), são normas de eficácia imediata os seguintes dispositivos da Constituição Federal: definidoras de direitos e garantias (§1º do art. 5º); normas de competência da União (art. 21), dos Estados (arts. 25/28) e Municípios (art. 29/30); normas de competência tributária (arts. 145, 153, 155 e 156); atribuições dos Poderes (arts. 48/49, 51/52, 70/71, 84 e 101/102), dentre outras.

José Afonso afirma “[...] não parecer possível estabelecer um critério único e seguro para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena das demais” (SILVA, 1999, p. 98-99). Contudo, segundo o autor, pode-se fixar regras gerais sobre o assunto, de forma que para ter-se uma norma de eficácia plena, esta precisa ser completa, possuindo todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Desta maneira, embasando-se na doutrina norte-americana – normas constitucionais *self-executing* e *not self-executing* –, as normas de eficácia plena, “[...] no dizer clássico, são auto-aplicáveis [...]” (SILVA, 1999, p. 102), pois “[...] lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime” (BARBOSA, 1933 apud SILVA, 1999, p. 99). Cite-se, ainda, a condição geral para a aplicabilidade destas, como sendo “[...] a existência do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem

normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos” (SILVA, 1999, p. 102).

Direcionando o foco às normas constitucionais de eficácia contida, pode-se afirmar que elas “[...] são de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior” (SILVA, 1999, p. 116), porém, “[...] fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram” (SILVA, 1999, p. 116). Conforme Cunha Júnior (2012), enquanto não advier lei que reduza a eficácia da norma em questão, ela tem eficácia plena e a aplicabilidade é integral. Devido a isso tais normas “[...] são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade” (SILVA, 1999, p. 83).

De acordo com Silva (1999), as normas de eficácia contida podem ser restringidas por elementos que não a lei, de larga difusão no direito público como “ordem pública”, “segurança nacional ou pública”, “integridade nacional”, “bons costumes”, “necessidade ou utilidade pública”, “perigo público iminente”, dentre outros. Assim, Silva, expõe as características das normas constitucionais de eficácia contida:

I - Em regra, demandam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa tão-somente a restringir-lhes

a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos, sem afetar-lhes a essência. Isso significa, que no exercício dessa faculdade de contenção de efeitos, não pode o legislador infraconstitucional negar a própria norma constitucional, esvaziando-a normativamente. Deverá respeitar a vontade do constituinte, assegurando o conteúdo mínimo da norma;

II - Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma de contenção, sua eficácia será plena, nisso distinguindo-se das normas de eficácia limitada, uma vez que, quanto a estas, a interpositio legislatoris destina-se a lhes conferir plena eficácia;

III - Embora podendo ser contidas nos seus efeitos plenos, elas são de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam;

IV - Algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública, segurança nacional, etc.), como valor político ou social a preservar, que pode implicar a limitação de sua eficácia. Isso significa que a redução dessas normas pode advir da interpretação de um conceito desses;

V - Ademais, sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, por exemplo) (SILVA, 1999, p. 104-105).

Logo, observando-se o que foi exposto, pode-se dizer que as normas de eficácia contida “[...] têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público, valendo dizer: consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas, [...]” (SILVA, 1999, p. 116) sendo que “[...] as regras de contenção de sua eficácia constituem limitações a esses direitos e autonomias” (SILVA, 1999, p. 116). Desta forma, conclui-se que as normas de eficácia contida, “[...] são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada

matéria” (SILVA, 1999, p. 116), entretanto, “[...] deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados” (SILVA, 1999, p. 116).

Até o momento, foram abordadas as normas de eficácia plena e contida. Explicitaram-se alguns conceitos e o modo como tais normas influem no ordenamento jurídico. Contudo, para a discussão em torno da omissão legislativa, faz-se necessário o exaurimento do pensamento conexo às normas de eficácia limitada, pois estas são relevantes para o fim almejado, que é abordar com propriedade a omissão inconstitucional legislativa. Estas normas se inserem em um contexto de maior ação e omissão em relação ao Poder Legislativo, se fazendo mister o pleno entendimento da matéria para que se possa determinar o que percebe-se por omissão inconstitucional legislativa.

2.1 Normas de eficácia limitada

No grupo das normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, estão inseridas as normas que “[...] não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante” (SILVA, 1999, p. 82-83), deste modo deixou-se “[...] essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado” (SILVA, 1999, p. 83). Leciona Silva (1999) que a estas normas se atribuem as características de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida,

pois somente incidem totalmente sobre os interesses objeto de sua regulamentação após uma normatividade ulterior que lhe desenvolva a eficácia, “[...] conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes” (SILVA, 1999, p. 83).

Conforme foi exposto, José Afonso da Silva dividiu essas normas em: a) normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo e b) normas constitucionais de princípio programático. As primeiras são aquelas em que “[...] o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades e institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei” (SILVA, 1999, p. 126). Desta forma, pode-se afirmar que as normas institutivas possuem “[...] conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações. Tem, pois, natureza organizativa; sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos” (SILVA, 1999, p.125). Contudo, o legislador constituinte não deixou a integração de tais normas ao bel prazer dos legisladores ordinários, assim, essas normas “[...] deixam menor ou maior campo à atuação discricionária do legislador ordinário, mas sempre há um mínimo que um poder mais elevado – o constituinte – quer ver atendido” (SILVA, 1999, p. 125).

Concernente às normas constitucionais de princípio institutivo, há uma relevante distinção destas que deve ser

feita sob a ótica da obrigatoriedade. Em conformidade com o pensamento de José Afonso da Silva (1999), estas normas podem ser classificadas em impositivas e facultativas. Essa classificação se deu devido a problemas doutrinários de configuração da eficácia da norma e tem por finalidade elucidar não só a eficácia referente a tais normas, mas também introduzir a noção de omissão legislativa.

As normas são impositivas quando “[...] determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa” (SILVA, 1999, p. 126), ou seja, “[...] estatuem a obrigatoriedade de o legislador emitir uma lei, complementar ou ordinária, na forma, condições e para fins previstos” (SILVA, 1999, p. 128). Já as normas facultativas ou permissivas, “[...] não impõem uma obrigatoriedade; limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada” (SILVA, 1999, p. 127), assim, nas palavras de José Afonso:

[...] atribuem poderes para disciplinar o assunto, se achar conveniente – isto é, dão-lhe mera faculdade, indicando ser possível regular a matéria –, do que deflui, para ele, discricionariedade completa quanto à iniciativa dessa regulamentação, mas uma vez tomada à iniciativa, a regra constitucional é vinculante quanto aos limites, forma e condições nela consignados (SILVA, 1999, p. 128).

Considerando o que foi exposto, adentra-se na imposição ao legislador do dever de legislar e na configuração da omissão. Neste ponto, levanta-se a questão: quão eficaz é a obrigatoriedade imposta ao legislador para que emita normas integrativas? “A

observação, colhida na prática constitucional, demonstra que aquela obrigatoriedade é de pequena eficácia, visto que, ao menos juridicamente, não se pode constranger o legislador a legislar” (SILVA, 1999, p. 128), ressalte-se que ele não pode ser constrangido “[...] nem mesmo naqueles casos em que lhe é prefixado prazo” (SILVA, 1999, p. 128). Entretanto, se o comando impositivo não for cumprido, “[...] a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional [...] sindicável e controlável jurídica e jurisdicionalmente, por força do §2º do art. 103 da Constituição de 1988” (SILVA, 1999, p. 129). Ao que concerne ao assunto, José Afonso da Silva (1999) expõe que a mera ciência ao Legislativo pode ser ineficaz, pois este não está obrigado a legislar devido aos termos estabelecidos pelo princípio da discricionariedade do legislador. De acordo com Levi (1953), ninguém possui direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, mesmo que determinado na Constituição e, ainda, que a obrigação de legislar possui uma natureza política e não jurídica. Contudo, em que pesem as considerações anteriores referentes à natureza política da obrigação de legislar, tendo a “Constituição reconhecido a inconstitucionalidade por omissão, a obrigação de legislar, especialmente após o reconhecimento jurisdicional dessa inconstitucionalidade, tem natureza jurídica e moral. Falta-lhe, porém, sanção específica” (SILVA, 1999, p. 129).

Em torno da norma constitucional dependente de legislação, teçam-se algumas considerações. Conforme aborda José Afonso da Silva (1999), a norma constitucional dependente de legislação

entra em vigor na data prevista na constituição, porém, sua integral eficácia fica condicionada à lei integrativa, destarte, tais normas, desde sua entrada em vigor, são aplicáveis até onde possam, sendo que muitas destas possuem eficácia quase plena, cabendo ao legislador ordinário apenas o aperfeiçoamento de sua aplicabilidade. Objetivando ir mais além, Silva, sobre as normas constitucionais em tela, expõe que:

[...] a) se são confirmativas de situação jurídica preexistente, esta permanece reconhecida, como era, até que a lei integrativa lhe imponha a alteração prevista; b) se traçam esquemas novos, revogam normas jurídicas preexistentes, instituidoras de situações contrárias ao princípio nelas consubstanciados, e a situação nova só será validamente configurada com a promulgação da lei integrativa; c) se traçam esquema contrário a situações preexistentes, também invalidam as normas agasalhadoras dessas situações, e a nova situação somente poderá começar a ser formada com a promulgação da lei integrativa (SILVA, 1999, p. 132).

Este autor ainda ensina que “[...] em certos casos, a não-existência de uma lei integrativa de determinada regra constitucional importa a limitação de quase todo um conjunto de disposições” (SILVA, 1999, p. 134), em outras palavras pode-se dizer que:

[...] quando um conjunto de normas constitucionais prevê a instituição de um órgão, com suas atribuições e competências, mas deixa à lei ordinária a regulamentação de aspectos de seu funcionamento, praticamente essa lei interfere com todo o conjunto, que permanece inerte até sua superveniência. No entanto, salvo a existência de outra norma constitucional, mantendo a situação pretérita (sendo o caso), esta desaparecerá sob a eficácia das normas que esquematizaram a situação nova (SILVA, 1999, p. 134).

Voltando atenção às normas permissivas, estas, em regra, “[...] abrem a possibilidade de regular, organizar, ou instituir situações diferentemente das previstas em outras normas ou princípios constitucionais” (SILVA, 1999, p. 134). Desta forma, afirma-se que “[...] se o legislador não se utilizar da faculdade que lhe é outorgada, prevalecerão as situações instituídas nas normas ou princípios excepcionados” (SILVA, 1999, p. 134). Assim, conforme o exposto, assevera José Afonso da Silva (1999) que o legislador tem apenas uma faculdade e, em relação à iniciativa da lei, este possui discricionariedade completa, de tal forma a não poder ser censurado nem moral e nem politicamente se não a tomar, não cabendo sequer declaração de inconstitucionalidade por omissão nesse caso. Entretanto, fica o legislador “[...] vinculado ao texto constitucional se resolver disciplinar os interesses ou instituições consignados à sua discricção” (SILVA, 1999, p. 134). Por fim, José Afonso da Silva (1999) declara que as normas em tela facultam ao legislador regular determinado assunto, conforme a lei. E, ainda, em seu dizer: são “[...] permissivas, mas não destituídas de eficácia, pois limitam a ação do titular da permissão, o que prova que são dotadas de imperatividade, porquanto, dadas as circunstâncias de sua incidência, obrigam determinado comportamento” (SILVA, 1999, p. 134).

Antes de expor sobre as normas programáticas, faz-se relevante apresentar, mesmo que de forma geral ou que retome os conceitos acima evidenciados, a aplicabilidade das normas constitucionais de princípio institutivo, com a finalidade de

deixar explícitas tais características. Elas “[...] são aplicáveis, independentemente de lei prevista, enquanto possam, o que se percebe pela configuração de elementos autônomos que contenham” (SILVA, 1999, p. 135). Contudo, “[...] sua aplicabilidade depende da promulgação de lei integrativa [...], no caso, vale como instrumento de executoriedade” (SILVA, 1999, p. 135). Concernente ao assunto, discursa José Afonso da Silva (1999) que, apesar desta norma constitucional depender de lei integrativa, tal lei é mero instrumento subordinado, e mesmo que a norma constitucional revele simples esquema continuará a ter sua característica de regra jurídica dotada de supremacia hierárquica. Findando o assunto, o autor atribui às normas em tela a característica de aplicabilidade imediata no que tange à legislação anterior; às normas da constituição preexistente e, ainda, à legislação futura, a qual a elas tem que se conformar.

2.2. Normas programáticas

As normas de princípios programáticos tiveram suas origens nas consequências do Estado liberal, constituindo atualmente o “[...] compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo” (SILVA, 1999, p. 135). Segundo o que expõe José Afonso da Silva (1999), por meio de outros autores, como García-Pelayo (1967); Duclos (1950) e Pelloux (1955), o Estado liberal em seu caráter absenteísta, ao outorgar a liberdade aos indivíduos, manteve-se indiferente a como ela seria usada e a quais resultados dela adviriam, sem sequer considerar que o Estado não era o único ente que poderia oprimir o desenvolvimento da

personalidade e impor relações coativas de convivência. Ainda em consonância com o autor supra, ao perceber as transgressões que a liberdade excessiva gera, o Estado passa a ampliar sua atividade e intervir na vida econômico-social, ocasionando um embate entre o liberalismo, com o conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo, de forma a repercutir nas constituições contemporâneas com princípios de direito econômico e social, disposições sobre o direito dos trabalhadores e estatuto do cidadão. Esses são princípios nomeados como conteúdo social das constituições, vindo daí a constituição-dirigente, a qual define fins e programas de ação futura de uma orientação social democrática. Conforme dita o autor, muitas normas são traduzidas da Carta Magna apenas em princípio, como esquemas genéricos, e até mesmo como simples programas que deverão ser desenvolvidos por meio da atividade legiferante dos legisladores ordinários, assim, em uma visão preliminar são estas características que constituem as normas de princípio programático.

José Afonso da Silva (1999) se vale das linhas fundamentais dos ensinamentos de Crisafulli (1952) para conceber como programáticas:

[...] aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 1999, p. 138).

As normas programáticas possuem uma forte correlação e importância com os fins da ordem econômica e social, pois “[...] procuram dizer para onde e como se vai, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico” (SILVA, 1999, p. 141). José Afonso da Silva (1999) assevera que a característica teleológica que a norma em questão possui lhe confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica e, citando Natoli (1955), expõe que tal particularidade atribuída às normas programáticas tende a instaurar uma democracia substancial, uma vez que determina realização de fins sociais, através da atuação de programas e intervenções na ordem econômica, visando assegurar uma existência digna a todos, conforme a justiça social. Apesar do que foi evidenciado, o autor em tela mostra não ser fácil realizar a justiça social, visto que o sistema predominante é o que se prega a concentração de riqueza, e para que a justiça social concretize-se é necessária a distribuição da riqueza nacional de forma equitativa, destarte a não aceitar profundas desigualdades, pobreza e miséria. O doutrinador, por fim, declara que:

Não é que seja destituída de valor jurídico e de eficácia a determinante constitucional de que as ordens econômica e social objetivem realizar a justiça social. Esta é uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam atendidas e operadas em função dela. E mais revela essa importância quando se lembra que parte da doutrina reconhece que a justiça social se erige em fator de legitimação constitucional. A questão, atualmente, consiste mais em compreender a natureza desse valor-fim das ordens econômica e social, a fim de que seja tido em conta na aplicação das normas definidoras dos direitos sociais do homem (SILVA, 1999, p. 142).

Valendo-se dos argumentos de Canotilho (1983), José Afonso da Silva (1999) evidencia que a força dirigente dos direitos fundamentais justifica que se ultrapasse a degradação dos direitos sociais, econômicos e culturais como “simples direitos legais”, uma vez que são direitos originários a prestações fundados na constituição e não a prestações derivadas da lei. Esses direitos, mesmo quando não concretizados, existem por virtude da constituição, podendo ser invocados contra a omissão do legislador. Assim, a força dirigente e determinante dos direitos a prestações inverte o objeto de uma pretensão jurídica fundada em direito subjetivo, ou seja, de uma pretensão de omissão dos Poderes Públicos, passa a exigir uma proibição de omissão do Estado. Nada obstante, ressalta o autor que há normas programáticas que mencionam uma legislação futura para a atuação do programa previsto, e outras não. A importância decorrente desta afirmação é que “[...] vincula o programa das primeiras ao princípio da legalidade, ficando dependentes de atividade do legislador e de sua discricionariedade – ao passo que as demais vinculam todo o Poder Público” (SILVA, 1999, p. 147). Deste modo “[...] abre campo à discricionariedade da legislação, da administração e da jurisdição (até onde possam), nem sempre carecendo de lei para o seu cumprimento” (SILVA, 1999, p. 147). Pode-se citar, ainda, as que “[...] postulam observância de toda a ordem socioeconômica, diante das quais qualquer sujeito, público ou privado, que age em sentido oposto ao princípio comporta-se inconstitucionalmente” (SILVA, 1999, p. 147).

Considerando o que foi exposto até o momento, pode-se indicar as características básicas das normas programáticas:

- I – São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho, desenvolvimento econômico, repressão do abuso econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia.
- II – São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípios, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências.
- III – São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos (SILVA, 1999, p. 150-151).

Redirecionando o prisma das normas constitucionais programáticas, tem-se em tela a questão de sua juridicidade que “[...] não poucos autores negam juridicidade [...] seriam normas sem conteúdo imperativo, por impraticabilidade” (SILVA, 1999, p. 152). Entretanto, afirma José Afonso da Silva, com base nos ensinamentos de Crisafulli (1952), que a tese de injuridicidade das normas programáticas é combatida seriamente, pois é responsável pela caracterização como programática de toda norma constitucional que gere algum incômodo. Desta forma, facilitaria o descarte de normas, só bastaria taxá-la de programática e o princípio estaria posto de lado. Ainda se valendo do pensamento de Crisafulli (1952), o qual sustentou a juridicidade das normas em tela, o autor supra evidencia que estas enunciam verdadeiras normas jurídicas e, devido a isso, são perceptivas como as outras; regulam comportamentos públicos destinados a incidir sobre

matérias que lhe são objeto, de modo que neste limite se fazem vinculantes e, como consequência da eficácia formal prevalecente da fonte, no caso a constituição, fazem das leis ordinárias, se anteriores e contrárias, inválidas; se posteriores e conflitantes, inconstitucionais. Sobre o assunto, José Afonso esclarece:

Ora, se elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, se ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados, nisso claramente se encontra seu caráter imperativo – imperatividade que se afere nos limites de sua eficácia, mas sempre imperatividade. Por outro lado, esses comportamentos e comandos, delas resultantes, cria uma situação não apenas de expectativa, mas de vantagem efetiva, ainda que diminuta, em favor de todos aqueles sujeitos que se acham em condições de se beneficiar com a vantagem de sua aplicação e observância. Decorre disso um vínculo jurídico inequívoco, que constitui o enlace entre os sujeitos da relação nelas fundada, caracterizando a bilateralidade atributiva essencial a toda regra de direito (SILVA, 1999, p. 154).

Ao que se refere à aplicabilidade das normas programáticas, elas são “[...] normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende da emissão de uma normatividade futura” (SILVA, 1999, p. 163), na qual “[...] o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados” (SILVA, 1999, p. 163-164). Entretanto, muitas destas normas “[...] podem ser aplicadas independentemente de lei, mas por meio de outras providências” (SILVA, 1999, p. 164). As normas em questão “[...] são dotadas, ao menos, de um mínimo de eficácia, regem,

até onde possam (por si, ou em coordenação com outras normas constitucionais), situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contém [...]” (SILVA, 1999, p. 164), assim, “[...] condicionando a atividade dos órgãos do Poder Público e criando situações de vantagens ou de vínculo” (SILVA, 1999, p. 164). Leciona José Afonso da Silva que as normas programáticas têm eficácia imediata, direta e vinculante nos seguintes casos:

- I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;
- III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;
- VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (SILVA, 1999, p. 164).

2.3 Omissão legislativa: o vácuo da inação

A este ponto, torna-se essencial, para evitar imputações equívocas sobre o dever de legislar, concatenar o exposto referente à eficácia das normas constitucionais e a liberdade de conformação do legislador, ou melhor, a obrigatoriedade de legislar e, quando esta é omissa, a caracterização da omissão legislativa.

Considerando o tópico anterior, têm-se as normas de eficácia contida e limitada, as quais demandam intervenção por parte do

legislador originário. Contudo, as normas constitucionais de eficácia contida já possuem plena eficácia, e cabe ao legislador, em sua discricionariedade, limitar somente a plenitude da eficácia nos termos da lei, sem esvaziá-las normativamente. Ressalte-se, ainda, que estas normas não dependem de normação ulterior para ter eficácia e que algumas destas já contêm um conceito ético juridicizado, implicando a afirmativa de que sua redução pode advir da interpretação de tais conceitos. Expondo, sumariamente, sobre tal norma percebe-se que “[...] a omissão inconstitucional está relacionada com as normas de eficácia limitada” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 403), pois, além de possuir um conteúdo fundamental econômico-social, elas dependem de legislação futura para que alcance a plena eficácia. Caso contrário, a norma ficará inerte até elaboração de lei ordinária. Desta forma, cria-se um vácuo pondo em risco a supremacia constitucional através da não concretização de suas normas e de seu dever-ser para com a sociedade. Acerca, declaram Gilmar Mendes e Paulo Branco:

[...] É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno, envolvendo não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional (MENDES; BRANCO, 2014, p. 958).

Conforme os autores supra, “[...] a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 958),

resultando “[...] tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 958). Desta forma, “[...] omitir, total ou parcialmente, a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 404). A omissão será absoluta ou total “[...] quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 958). Contudo, ressalva-se que “[...] não haverá omissão inconstitucional, se a medida omitida não for indispensável à exequibilidade da norma constitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 404), pois, conforme Cunha Júnior (2012) evidencia, a omissão consiste numa abstenção indevida, em outras palavras, “[...] em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma ‘certa e determinada’” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 405). Ainda em conformidade com o autor em tela, a omissão deve guardar conexão com uma exigência constitucional de ação, ou seja, a constituição determina uma atuação do Poder Público, a qual não se realiza ou não se realiza a contento, caracterizando, assim, uma omissão inconstitucional.

Assinala-se, também, que, para a caracterização da omissão, faz-se relevante o decurso de tempo razoável, “[...] dentro do qual podia e devia ser produzida a medida necessária para conferir

exequibilidade à norma constitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 406). Entretanto, quando “[...] há fixação de prazo pela própria Constituição, a inconstitucionalidade por omissão ocorrerá no momento em que esse prazo finda” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 407). A defluência de tempo ganha importância na caracterização da omissão inconstitucional devido não só ao processo complexo da atividade legiferante, mas também — de acordo com Cunha Júnior (2012), valendo-se dos ensinamentos de Ferrari (1999), caso não houvesse definição de um limite temporal referente à elaboração de atos necessários, objetivando a efetivação dos preceitos constitucionais — “[...] haveria inteira liberdade por parte dos poderes constituídos na realização de atos integrativos, o que acabaria por tornar ineficazes as imposições constitucionais” (FERRARI, 1999, p. 227 apud CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 407). E referente ao decurso de tempo, há jurisprudência nesse sentido:

[...] a mora - que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa -, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei Fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 361/RJ, Red. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 158/375 Mais recente: MI 6540, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/08/2015, publicado em Processo Eletrônico DJe-171 Divulg. 31/08/2015 Public. 01/09/2015).

Tendo desenvolvido a caracterização da omissão inconstitucional legislativa, torna-se mais compreensível sua relação com as normas de eficácia limitada, mais especificamente com as normas de princípio programático, pois estas mantêm um liame direto com os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais que impõem ao Estado um determinado modo de agir, um comportamento e planejamento para com a sociedade, ou seja, um dever-ser. Desta forma, ao considerar o que fora exposto, percebe-se “[...] a importância dos direitos fundamentais na realização do plano traçado pela constituição, representante de altíssimas aspirações de uma comunidade” (GOMES; TALEIRES; 2012, p. 183), podendo até “[...] justificar a imposição de um dever de exercício de certas competências, pois a inação do agente leva à frustração de pontos cardeais da constituição” (GOMES; TALEIRES; 2012, p. 183).

Conforme Santos (1998) expõe, aceita a liberdade de conformação do legislador, esta é mitigada de forma a reconhecer limites e exigências, ou seja, a Constituição erige não apenas limites materiais, os quais proíbem o legislador de editar determinados atos, mas também impõe ordens, dirigindo a atividade legislativa. E quando se coloca em pauta os direitos fundamentais à prestação, a liberdade de conformação do legislador deve respeitar não só a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, mas, além disso, deve considerar o vácuo gerado pela inação do Poder Legislativo caso não haja a integração normativa que impacte a sociedade, retardando, desse modo, o seu pleno desenvolvimento

econômico, social e cultural, que vem a ser um descumprimento do desiderato constitucional, pois “[...] a norma constitucional está intervindo na realidade social e não apenas a descrevendo, e, se assim é, busca alterar costumes e regras que considera superados ou por superar” (SOUZA FILHO, 1997, p. 12-13). Um exemplo claro do transtorno da inação do Poder Legislativo, citado por Gomes e Taleires (2012), foi o direito fundamental ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço – CF, art. 7º, inciso XXI.

Conforme os autores supracitados, durante mais de duas décadas, não houve previsão legislativa que estipulasse, especificamente, os termos em que o aviso prévio seria proporcional. Tendo o mínimo já sido estipulado pela Constituição Federal, no caso 30 dias, restava a deliberação legislativa sobre o proporcional a ser considerado. A consequência para este vácuo omissivo, ainda conforme os autores, foi de que se sabia apenas que o aviso era proporcional ao tempo de serviço, nada mais. Deste modo, sem a integração da lei, o empregador não possuía condições de saber o custo de uma demissão, o que tornava a realidade dos empregadores e dos empregados um caos normativo, tendo em vista que planejava-se uma atividade econômica com uma acentuada incerteza sobre o exato valor a se desembolsar em uma demissão.

O exemplo ocorrido pincela os tons da omissão inconstitucional legislativa, a qual só gera na sociedade um descrédito nas disposições normativas que deveriam ser seguidas

pelo Estado, de maneira a ferir a Constituição e obstar o desenvolvimento de uma sociedade que anseia por uma legislação plena que vise suprir as aspirações sociais, econômicas e culturais, dentre outras.

3 Engrenagens do sistema de ação

De encontro com a omissão legislativa, fora elaborado instrumentos com a finalidade de obstá-la para que a sociedade não sofresse o vácuo da referida omissão. A Constituição Federal prevê em seus arts. 5º, LXXI e 103, § 2º, respectivamente, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Tais dispositivos possuem suas peculiaridades, um é aplicado no controle difuso, o outro, no concentrado, dentre outras características. Fixa-se, aqui, que será feita uma breve explanação sobre os referidos instrumentos, pois o objetivo deste tópico é refletir sobre as possibilidades de se conter a omissão legislativa e o quão difícil é fazer com que os instrumentos aqui apresentados tenham eficácia.

Concernente ao mandado de injunção, o art. 5º, LXXI dispõe: “[...] conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988). Para José Afonso da Silva, o mandado de injunção é um remédio ou ação constitucional “[...] posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas

inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição” (SILVA, 2014, p. 451). Complementando o pensamento do autor supra, Gilmar Mendes e Paulo Branco (2014) lecionam que a referida ação cuida-se de instrumento do processo constitucional voltado para a defesa de direitos subjetivos em face tanto da omissão do legislador quanto de outro órgão incumbido de poder regulatório.

Para a exposição sumária sobre o mandado de injunção, cumpre ressaltar que a tal ação constitucional cabe “[...] uma função louvável e digna de um verdadeiro writ ativador da jurisdição constitucional das liberdades: garantir, no caso concreto, o imediato desfrute dos direitos fundamentais, violados em virtude da omissão do poder público” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 869). Nesse sentido, o voto do Min. Marco Aurélio no MI 283-5:

Agora vejam a situação *sui generis*: o Tribunal, dizendo-se competente para apreciar o mandado de injunção – e ninguém tem dúvida quanto a isso – reconhece que, passados dois anos, até hoje não foi editada a lei de que cogita o dispositivo constitucional. Em um passo subsequente, ao invés de atuar de forma concreta e fixar os parâmetros da reparação que serão futuramente disciplinados por lei, transfere essa fixação ao juízo. [...] Peço vênica, Senhor Presidente, para dissentir quanto à comunicação ao Congresso Nacional de que ele está omissor [...] e dissentir, também, quanto à sentença ou o acórdão alternativo que se preconiza, contendo abertura da porta pertinente à via ordinária, isto para que o impetrante logre o que pode e deve lograr no próprio mandado de injunção. Divirjo do nobre Relator, pois devemos partir para o lançamento, de imediato, de um provimento judicial que revele os parâmetros da reparação de que cogita o texto constitucional. O texto prevê a reparação

e, por isso, como disse no início do meu voto, entendo que ela deva ser a mais satisfatória (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 868).

Ao que cabe à ação de inconstitucionalidade por omissão, José Afonso da Silva (2014) assevera que se abre o pressuposto para a propositura desta nos casos em que não são praticados atos legislativos ou administrativos necessários para tornar plenamente aplicável a norma constitucional, visando, assim, obter do legislador a elaboração da lei em causa. Para o autor em tela, a Constituição perdeu uma boa oportunidade de ir além. Ao prever as autoridades, pessoas e entidades que podem propor a ação em comento, não incluiu o cidadão, que nas palavras de José Afonso (2014, p. 50): “[...] é uma falha, pois a ação popular de inconstitucionalidade é conhecida em outros países (Alemanha, p. ex.)”.

O autor *supra* expõe, ainda, que a Constituição foi tímida nas consequências da decretação de inconstitucionalidade por omissão, dispondo em seu § 2º do art. 103 que: declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. “É, sem dúvida, um grande passo. Contudo, a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar” (SILVA, 2014, p. 50). Como uma forma de aprimorar o disposto sobre a ação de inconstitucionalidade por omissão e os efeitos de sua decretação, José Afonso da Silva, argumenta:

[...] Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que seja assim. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais (SILVA, 2014, p. 51).

Assim como José Afonso da Silva, vários doutrinadores, ao perceberem as falhas geradas pelas consequências da decretação da inconstitucionalidade por omissão, propuseram soluções para a falta de eficácia das decisões. Souza Filho (1997) levanta a questão: por que não seria pensável uma medida provisória do Judiciário para colmatar lacunas de regulamentação dos direitos constitucionais? O mesmo autor indica como possíveis soluções a punição do Congresso Nacional inadimplente, o deslocamento da competência para os estados-membros, o impedimento destes em legislar e até mesmo obstar o recebimento de vencimentos enquanto não for emanada a norma integrativa que está gerando um vácuo social. Freitas e Silva (2006) defendem a postura de sancionar o órgão legislador quando sua omissão caracterizar um verdadeiro abuso de poder negativo e se alinham aos ensinamentos de Walter Claudius Rothenburg, o qual postula a troca de sujeito, quando este se mantiver omissor por período razoável. Freitas e Silva (2006), citando Rothenburg (2005), elucidam que tal medida se justifica na busca da satisfação constitucional, ou seja, em havendo um exercício inadequado das incumbências constitucionais, por ausência ou insuficiência de desempenho, a medida em tela iria acarretar a perda da legitimidade e autorizar

uma troca de sujeito constitucional. Deste modo, expõem que declarada a inconstitucionalidade por omissão caberia ao poder omissor sua destituição, com a designação de outro, objetivando implementar a constituição. Ainda consoante aos autores supra, estes evidenciam que na medida em tela não ocorre a usurpação da competência legislativa pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, Walter Claudius assevera:

Respeitam a intermediação do legislador, pois não pretende subtrair o espaço de conformação legislativa, apenas trocar o sujeito (do legislador federal para o estadual), e continua, “não desinvestem completamente o titular originário da competência, podendo ele exercitá-la a todo momento (com o que se daria a suspensão de eficácia da atuação subsidiária: artigo 24, parágrafo 4º, da Constituição brasileira), concluindo, “mas assim a inação do titular originário não provocaria a ausência absoluta de disciplina legal (ROTHENBURG, 2005, p. 145 apud FREITAS; SILVA, 2006, p. 119).

Como se pode perceber, a relação do tópico anterior (2.3) para com este pode parecer paradoxal. Em um tópico se mostra que o legislador tem de legislar e noutro descobre-se que ele não é obrigado nem mesmo quando se é declarada a inconstitucionalidade por omissão, não havendo sequer sanções às inobservâncias constitucionais postas à classe legiferante. Paradoxal, pois é atribuída ao legislador a tarefa típica de legislar, contudo, este não é obrigado a exercer tal tarefa. Ressalte-se que ao menos uma conclusão sobre o que fora exposto neste capítulo e nos anteriores é possível de se ter: a omissão legislativa obsta o pleno desenvolvimento da sociedade e mesmo que sejam propostas várias soluções pelos estudiosos do Direito, os legisladores irão

barrar, pois estes tratam o atraso social consequente da omissão de legislar como privilégio para a manutenção do poder.

4 Agindo nos limites do ativismo

Perpassando por toda a obra, vê-se a relação de passo a passo desde a liberdade de criar que os legisladores possuem até o elo paradoxal entre a expressa tarefa constitucional de legislar e sua não obrigatoriedade, a qual impulsiona a inconstitucionalidade por omissão. Desta forma, questiona-se: em uma relação de harmonia entre os Poderes, a referida omissão seria um desequilíbrio? Cabe ao Judiciário, o guardião da Constituição e, portanto, de sua eficácia, alguma ação, ou seus atos são classificados como ativismo e, por consequência, prejudiciais à harmonia dos Poderes?

Em uma relação harmônica entre os Poderes, assinala-se que a omissão legislativa vem como uma forma de desequilíbrio entre estes, pois “[...] seja de natureza legislativa ou não, seja total ou parcial, a omissão do poder público não pode interditar os desígnios constitucionais” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 423), muito menos “[...] o desenvolvimento de importantes avanços sociais e políticos consagrados na Constituição brasileira [...] marcadamente dirigente, compromissária com os ideais de uma justiça social e com a dignidade da pessoa humana” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 423). Desta forma, a desídia do Poder Legislativo obsta o desenvolvimento social e político da sociedade, fazendo, ainda, com que os demais poderes sofram

impactos por essa incúria. Dirley Cunha Júnior (2012) assevera que é imperioso encontrar soluções que deem efetiva e real vazão a todos os compromissos assumidos pela Carta Magna, soluções estas que garantam, em termos verdadeiros, a efetividade constitucional, sendo a alternativa indicada pelo autor a atuação supletiva do Poder Judiciário.

É certo que “[...] a tônica de qualquer controle de constitucionalidade, quer da ação, quer da omissão, é afastar, de alguma forma, e com eficácia, a violação à Constituição que macula a unidade do sistema jurídico-constitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 420). Logo, a atuação supletiva do Poder Judiciário, “[...] dispondo sobre a matéria que cumpria aos demais órgãos originariamente dispor, efetivando as normas constitucionais, é a garantia de realização do supremo direito fundamental à efetivação da constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 423). Ressalte-se que, conforme Dirley Cunha Júnior (2012), em relação à referida atuação, não há lesão ou ameaça ao equilíbrio entre os Poderes, pois o Poder Judiciário somente realiza a integração da ordem jurídica, de forma a suprir as omissões do poder público, efetivando as normas constitucionais carentes de regulamentação. Destarte, o autor supra assevera “[...] não assistir razão àqueles que invocam os princípios da democracia e da divisão de poderes como óbices à possibilidade de atuação judicial supletiva” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 423) e que “[...] longe de representarem empecos à atuação judicial

integrativa da ordem jurídico-constitucional, antes a confirmam” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 424).

A essa possibilidade de atuação supletiva do Poder Judiciário caberiam limites. O Judiciário não poderia “[...] dispor normativamente sobre matérias constitucionais que envolvessem, por exemplo, projetos de códigos e projetos de leis restritivas de direitos, como as definidoras de condutas delituosas e imposições tributárias” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 421). Além disso, não poderia interferir em normas que “[...] se relacionassem a projetos de leis de princípio institutivo, como aqueles que dispõem sobre certas organizações (Conselho da República ou de Defesa Nacional, Advocacia-Geral da União, por exemplo)” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 421). A respeito de tais limites, Flávia Piovesan esclarece:

[...] haveria que se distinguir o dever constitucional de legislar, suscetível de complementação ou suprimento, daquela exigência insuprível na via judicial, posto que requer, necessariamente, a intervenção insubstituível do legislador. Vale dizer, caberia ao Poder Judiciário a seguinte avaliação: se se pode atribuir razoável eficácia à norma constitucional sem a intervenção do legislador, tendo em vista a existência no sistema constitucional de elementos mínimos necessários à aplicação normativa, devem os Tribunais aplicá-la, sob o fundamento de que o órgão legislativo não honrou o encargo que lhe foi imposto. Esta avaliação está centrada na possibilidade do Poder Judiciário, através do processo de concretização, emprestar eficácia ao preceito constitucional que exige a regulamentação (PIOVESAN, 1995, p. 109 apud CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 421).

Consoante ao pensamento de Dirley Cunha Júnior (2012), decretada a inconstitucionalidade por omissão e a depender do caso, expirado o prazo sem que o Legislativo tenha tomado as

devidas providências, “[...] cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for de omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 420). Contudo, ressalte-se que será garantido aos legisladores a sua autonomia, pois a disposição normativa elaborada pelo Judiciário “[...] será provisória, terá efeitos gerais (erga omnes) e prevalecerá enquanto não for realizada a medida concretizadora pelo poder público omissor” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 420). Concernente ao assunto, Dirley Cunha Júnior evidencia:

Estar-se-ia, portanto, satisfazendo o princípio da supremacia e efetividade da Constituição sem violar a tão invocada liberdade política de legislar do Poder Legislativo. Sim, porque o Poder Judiciário não obrigaria o Poder Legislativo a legislar. Este não perderia, por conseguinte, a sua autonomia. O Poder Judiciário apenas estaria fazendo cumprir a vontade constituinte, vale dizer, realizando, na sua plenitude, a vontade constituinte, concretizando o preceito constitucional carente de regulamentação (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 421).

Diferentemente do ativismo, a atuação supletiva do Judiciário não se pauta em um comportamento e visões pessoais dos magistrados, mas na possibilidade da integração da norma não regulamentada para que se alcance a desejada eficácia, enquanto o Poder Legislativo se mantém inerte em relação à norma constitucional. Desse modo, seguindo parâmetros e tendo limites a cumprir, a atuação supletiva traria benefícios à sociedade de forma a minimizar o vácuo social gerado pelas omissões, impulsionando o desenvolvimento pleno das normas e, conseqüentemente, do país. A não ser assim, “[...] a Constituição

e, com ela, toda a comunidade jurídica e operadores do direito ficarão reféns da boa vontade do legislador, que certamente não terá boa vontade, se se invocar a experiência do passado” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 424). Deixe-se aqui, parodiando Chico Buarque de Holanda, como fora feito de forma inteligível por Dirley Cunha (2012, p. 424), “[...] ficarão todos ao ‘Deus dará’. Mas, ‘e se Deu não der?’”.

5 Considerações finais

Ao levar em conta tudo o que foi exposto neste artigo, percebe-se a relevância de se debater sobre a omissão legislativa inconstitucional, os instrumentos que têm por finalidade obstá-la e suas respectivas consequências, além das possíveis soluções para aprimorar a aplicação das decisões relacionadas à decretação da inconstitucionalidade por omissão. Sabe-se que a Constituição Federal, por mais que seja analítica, dirigente, deixou falhas que cabem aos legisladores ordinários supri-las. Contudo, o que se encontra é a incúria legislativa em integrar as normas constitucionais e promover eficácia plena da Carta Magna, impactando a sociedade de modo a retardar seu desenvolvimento social, cultural, político e econômico.

É certo que se tem de garantir a liberdade e a autonomia dos legisladores, mas até que ponto elas podem ser asseguradas? Os Poderes são pautados por uma relação harmônica, porém, a partir do momento em que o Legislativo abusa do poder negativo, não se rompe o equilíbrio? Para assegurar a harmonia entre os

Poderes, caberia ao Judiciário uma atuação supletiva? São essas questões guiadas pela busca do desenvolvimento do sistema jurídico-legislativo, com soluções que almejam a construção de uma sociedade plena em seu progresso.

Retome-se o título da obra “a omissão legislativa (i) legítima o ativismo judicial”? Crer-se que mesmo que a ausência da atuação do Poder Legislativo crie um vazio e que este possa ser ocupado por outros Poderes não demonstra favoritismo pelo ativismo judicial. Desta forma, mesmo em casos de omissão, defende-se a postura de não aplicabilidade do ativismo. Por isso, a atuação supletiva do Judiciário foi indicada neste estudo como solução. Ela não deve ser confundida com ativismo judicial, pois a referida atuação possui limites e objetivos, os quais são: atribuir à norma constitucional sua eficácia plena e minimizar o vácuo social gerado pelas omissões. Dentro desse quadro, a atuação supletiva vem com o intuito renovador e de aprimorar o prisma das relações entre os Poderes, que se mantêm em uma relação de harmonia arcaica que começa a colapsar e ocasionar danos sociais.

Por fim, acredita-se que o ápice da atuação dos três Poderes seria um em que ao outro não fossem incumbidas suas disfuncionalidades. No entanto, ao se encarar tal situação, o novo ápice seria uma atuação que reconstruísse o equilíbrio entre os Poderes e promovesse o bem-estar social.

Title: The apex of engagement: legislative omission renders the judicial activism (il)legitimate

Abstract: This article presents the legislative omission and its consequences for society and it discusses the legislator's freedom to create and his obligation to legislate. By means of a critical and interpretative approach and an extensive bibliographic source analysis, the article intends to expose the social vacuum generated by the omission of the Legislative Branch. The constitutional actions which aim to minimize the effects of omissions caused by legislators are emphasized and, also, reflections about the institution of sanctions against the Legislative Power for abuse of negative power are presented. Furthermore, solutions to prevent these omissions are proposed, one of them being the Judiciary's supplementary action and, ultimately, it is questioned whether such an action could be classified as judicial activism, so as to inquire whether it would be legitimate due to the vacuum produced by the legislative omission.

Keywords: Unconstitutionality by omission. Legislator's conformation. Negative power. Sanction. Supplementary action. Efficacy of the constitutional norm.

Referências

BARBOSA, Paulo Vitor Liporaci Giani. *A violação à Constituição por meio da omissão legislativa*. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231384,51045-A+violacao+a+Constituicao+por+meio+da+omissao+legislativa>>. Acesso em: 23 maio 2017.

BARBOSA, Ruy. *Comentários a Constituição Federal brasileira* (coligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. Direito e política: silêncio do legislador, interpretação e analogia. In: SARMENTO, Daniel

(Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 661-671.

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

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CAIXETA, Gabriel Ricardo Jardim. *Silêncio legislativo, liberdade para legislar e omissão inconstitucional*. 2015. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1952.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DUCLOS, Pierre. *L'évolution des rapports politiques depuis 1750*. Paris: Presses Universitaires de France, 1950.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Candice Hellen Sousa de; SILVA, João Batista de França. O controle jurisdicional da omissão inconstitucional: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. *Revista Direito e Liberdade*, Mossoró, v. 3, n. 2, p.109-112, set. 2006.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 4. ed. Madri: Manuales de la Revista de Occidente, 1967.

GOMES, Felipe Lima; TALEIRES, Janaína Sena. A liberdade de conformação do legislador no âmbito dos Direitos Fundamentais. In: ROBI FILHO, Ilton Norberto; BORGES, Alexandre Walmott; MARRAFON, Marco Aurélio (Org.). *Teoria e história do direito constitucional*. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 172-195. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d3696cfb815ab692>>. Acesso em: 23 maio 2017.

LEVI, Alessandro. *Teoria generale del diritto*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1953.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NATOLI, Ugo. *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Introduzione. Milão: A. Giuffrè, 1955.

PELLOUX, Robert. *Le citoyen devant l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1955.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Excesso de poder no exercício da função legislativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p. 283-294, out. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito constitucional e as lacunas da lei. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, p. 5-16, jan. 1997.

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

GOMES, Thompson Adans Rodrigues; SILVA, Carlos Eduardo da. O ápice da atuação: omissões legislativas (i)legitimam o ativismo judicial. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 345-389, 2019. Anual.

Submissão: 16/6/2017

Aceite: 4/12/2017

O âmbito de aplicação da Lei nº 11.340/2006: o conceito de violência baseada no gênero e suas implicações na competência do órgão julgador

Frederico Alencar Monteiro Borges

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios – FESMPDFT (2017). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (2014).

Resumo: Este trabalho investiga o conceito de violência baseada no gênero da mulher apta a atrair incidência da Lei nº 11.340/2006 – popularmente conhecida como Lei Maria da Penha –, e a forma como vem sendo analisado em casos concretos pelo Poder Judiciário brasileiro. O ato de jurisdição concretiza o sentido de palavras utilizadas pelas normas, revestindo-as de cogência e autoridade estatal em interpretações pretensamente autorizadas por todos os cidadãos. Quando se analisam termos com forte carga semântica, a atividade dos órgãos julgadores é ainda mais relevante e complexa. Em se tratando de campos científicos dotados de grande autonomia – como o jurídico –, o processo de retradução não constitui atividade hermenêutica imparcial, mas frequentemente um reflexo das próprias noções dominantes e opressoras da sociedade em que ocorrem, especialmente quando se trata de grupos que ainda não dispõem de significativo capital simbólico. Assim, a luta de conjuntos sociais historicamente oprimidos em nada se beneficia com a promulgação de leis protetivas quando desacompanhadas de interpretações também afirmativas dos órgãos julgadores: a proteção da Lei Maria da Penha se esvazia quando sua aplicação desconsidera os hábitos de obediência e inferioridade relegados às mulheres pela grande maioria das instituições ocidentais. O estudo de teorias críticas feministas e dos antecedentes históricos da Lei Maria da Penha permite compreender melhor onde se situa o termo gênero na análise da distribuição social de poder, embasando também uma crítica sobre como a Justiça local vem se posicionando quanto aos requisitos para aplicação da norma.

Palavras-chave: Gênero. Violência de gênero. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei Maria da Penha.

Sumário: Introdução. 1 Violência de gênero. 1.1 O que é gênero? 1.2 Dinâmicas de poder: o masculino e o feminino socialmente construídos. 1.3 Violência de gênero como mecanismo de reprodução da própria estrutura social. 2 O âmbito de proteção positivado pela Lei 11.340/2006. 2.1 A abrangência dos mandados internacionais de proteção. 2.2 Delimitação conceitual: a violência doméstica e familiar contra a mulher baseada no gênero. 3 Critérios jurisprudenciais para incidência da Lei 11.340/2006: análise de julgados. 3.1 Critério para seleção de julgados. 3.2 Exposição de julgados para críticas. 4 Críticas à abordagem jurisprudencial. 5 Conclusão. Referências.

Introdução

Campos autônomos de conhecimento possuem maior capacidade de assimilar e de ressignificar conceitos formulados por outros na medida de sua autonomia. Quanto mais uma ciência busca se esquivar de condicionamentos externos, mais se vale de mecanismos próprios para compreender e aplicar noções desenvolvidas em outras áreas. O processo, no entanto, pode causar problemas graves de assimilação, motivo por que requer análises cautelosas, ciosas dos contextos em que os institutos estrangeiros foram elaborados.

No texto da Lei Maria da Penha, um dos requisitos para incidência da norma é que a violência tenha ocorrida com base no gênero da vítima (BRASIL, 2006). O conceito impõe ao campo jurídico uma dificuldade de retradução, pois o termo gênero não é definido de modo claro por nenhum ato normativo,

mas representa criação de estudos sociológicos, especialmente feministas, desenvolvidos a partir de marcos teóricos críticos. A dificuldade de assimilação se evidencia especialmente no momento de analisar conflitos que discutem incidência da norma.

Neste trabalho, busca-se recuperar o *locus* de criação do termo gênero e analisar sua repercussão sobre a análise que o Poder Judiciário realiza quanto à incidência da Lei Maria da Penha. Nada obstante os mais de dez anos de promulgação da norma, ainda é essencial indagar como vem sendo aplicada, pois a edição legislativa pode representar avanço simbólico, mas perde qualquer potencial de transformação se tem sua finalidade obstada por jurisprudências conservadoras. Essencial para os fins dessa investigação, portanto, indagar: o que significa gênero? Qual o contexto de criação do termo e sua relevância na aplicação na Lei nº 11.340/2006? Como o Poder Judiciário analisa a configuração da violência baseada no gênero da vítima enquanto requisito para incidência daquela Lei? Qual análise crítica se pode extrair dos argumentos utilizados pelo Judiciário ao decidir o âmbito de incidência da Lei?

Para responder às questões, parte-se de análise dos documentos internacionais que antecederam a Lei nº 11.340/2006, a fim de melhor compreender seu âmbito de incidência. Além disso, serão revistas bibliografias críticas, especialmente de estudiosas feministas, que auxiliarão no estudo do conceito de gênero. Por fim, a análise de acórdãos em conflitos de competência da corte local – no bojo dos quais ainda se autoriza amplo revolvimento

fático-probatório – permitirá aferir o julgamento, pelos órgãos competentes, de casos concretos de violência baseada no gênero da mulher e apta a atrair a incidência da Lei Maria da Penha. O conhecimento adquirido a partir de todos os tópicos será reunido no último capítulo, de modo que se possam tecer considerações críticas sobre os critérios utilizados pelo Poder Judiciário local para decidir quanto à incidência da norma.

1 Violência de gênero

O sociólogo francês Pierre Bourdieu (2004, p. 20) conceitua o campo de conhecimento como o universo em que estão inseridos agentes e instituições que produzem, reproduzem ou difundem determinada espécie de arte, literatura ou ciência. Para o autor, especialmente no campo científico, essa noção propicia a análise quanto ao grau de autonomia de determinado conjunto de conhecimentos. O campo, porque regido por leis próprias, é autônomo na medida de sua capacidade de se libertar das imposições externas, reconhecendo apenas suas próprias determinações.

A ideia de “refração” ou “retradução” (BOURDIEU, 2004, p. 22) é desenvolvida a partir dessas premissas e consiste na capacidade de adequação das demandas externas ao interior do campo de conhecimentos. O mecanismo é, assim, indicador de autonomia. A alta capacidade de retradução de um conceito ou demanda social indica que o campo possui fortes mecanismos internos de regência. Para o autor, não há alternativa de “ciência

pura”, desvinculada absolutamente das necessidades sociais, tampouco de “ciência escrava”, sujeita a todas as demandas político-econômicas. O campo científico é construído a partir de processos de lutas internas, entre atores que possuem capital simbólico, e externas, considerando as necessidades sociais que exercem influências sobre os campos e neles se inserem por meio dos processos de retradução. Bourdieu (2004, p. 29) afirma que o campo é sempre objeto de luta tanto em sua representação quanto em sua realidade.

Essas noções introdutórias são relevantes porque esclarecem desde logo a dificuldade de análise do conceito de violência de gênero no campo jurídico. A pretensão de autonomia científica do direito, propulsão especialmente pelo positivismo kelseniano, dificulta frequentemente a apreensão de conceitos metajurídicos, máxime quando se debate o conceito de gênero, que é objeto de estudos desenvolvidos a partir da década de 1980. Este campo apresenta problemas de retradução porque, em sua busca de autonomia científica, ignora a complexidade dos estudos sociais que se vinculam ao termo.

Afirmada a problemática perene dos processos de retradução em campos autônomos de conhecimento, o passo seguinte é a superação da ideia de “ciência pura” do direito. Por mais autônomo que um campo científico seja, é necessário que determinadas noções sejam apreendidas a partir de processos de compartilhamento de estudos. Para os fins deste trabalho, a investigação sobre o conceito de violência de gênero terá por foco

a construção histórica e o significado atribuído ao termo “gênero” primordialmente por estudos sociológicos.

De modo geral, o conceito de gênero se insere nas linhas de pesquisa de autores que desenvolvem teorias críticas na concepção utilizada por Max Horkheimer (2003). Assim, partindo-se de uma visão bipartida entre teorias tradicionais e críticas de conhecimento, diz-se que estas possuem um forte elemento social, pois se opõem a hábitos dominantes de pensamento, que contribuem para a sobrevivência de estruturas também dominantes (HORKHEIMER, 2003, p. 250). Os teóricos críticos, na visão de Horkheimer, exorbitam a falsa noção liberal de pensamento autônomo e pensam a favor de sujeitos oprimidos pelo modo de produção que se perpetua socialmente e condiciona o pensamento científico tradicional.

Assim, essencial compreender, primeiramente, que os autores indicados por este trabalho (i) elaboram pesquisas primordialmente em outros campos de conhecimento, que não o jurídico; e (ii) que suas abordagens se dirigem de maneira crítica às estruturas dominantes de pensamento que, segundo Horkheimer, ignoram diversas injustiças sociais. Trata-se, portanto, de trabalhos engajados com distribuição desigual de poder entre homens e mulheres na sociedade, vistas as últimas como o grupo oprimido. Os trabalhos de Joan Scott (1995), Lia Zanotta Machado (2016), Carmen Hein de Campos (2013) e inclusive Pierre Bourdieu (1989, 2002, 2004) inserem-se neste contexto e servirão de fundamentos para as reflexões seguintes.

1.1 O que é gênero?

As diferenças biológicas entre homens e mulheres, compreendidas como dados pré-sociais, fundamentaram um modelo sexual binário na cultura do Ocidente, usualmente admitido de forma a-histórica. Partindo-se de argumentos pretensamente naturais e ínsitos à biologia humana, as características particulares do dualismo homem/mulher foram construídas de forma isolada, sem qualquer espécie de ênfase nos contornos sociais que as informavam, muito menos nas relações de poder engendradas por tais construções.

Bourdieu (2002, p. 7) ressalta que essa espécie de divisão parece estar compreendida na ordem natural das coisas, revestida por um aspecto de inevitabilidade. Assim, os agentes sociais desenvolvem e incorporam seus *habitus*, conformam seus corpos e esquemas de percepção, pensamento e ação às categorias existentes, tidas como experiências dóxicas, e não como construções sociais.

Segundo o autor, pela ausência de percepção dos mecanismos profundos de poder e de força que regulam esse dualismo, há legitimação social de todos os seus efeitos simbólicos. Dessa forma, a visão androcêntrica resultante da dicotomia homem/mulher dispensa justificação se é tida como natural. A virilidade, por exemplo, é vista como decorrência natural do maior vigor físico masculino, e se projeta nas relações sociais sem necessidade de um discurso que a justifique. Os aspectos pretensamente biológicos são transpostos para o universo social de forma acrítica.

Bourdieu (2002, p. 9) destaca que “A diferença *biológica* entre os sexos, isto é, entre o corpo masculino e o corpo feminino... pode assim ser vista como justificativa natural da diferença socialmente construída entre os *gêneros*”. Nesse trecho, o autor indica desde já como a formulação do conceito de gênero se insere de forma crítica e relacional na percepção comum que se tinha acerca da divisão binária entre masculino e feminino.

Carmen Hein de Campos, em sua tese de doutorado (2013, p. 119), narra a elaboração histórica que levou ao presente uso do termo “gênero”, apontando Ann Oakeley como a autora responsável por sua introdução nas ciências sociais, pela publicação da obra “Sexo, Gênero e Sociedade”, em 1972. Após, Gayle Rubin fará distinção mais nítida entre os conceitos de sexo e gênero na obra *Women in Traffic* (1975). No entanto, como também afirmado pela autora, é a historiadora feminista Joan Scott que será responsável pela popularização do termo após divulgação da obra “Gênero: uma categoria útil para análise histórica”, em 1986.

Ao discorrer sobre a aplicação do termo para fins de análises históricas, Scott (1995, p. 86) faz um apanhado dos usos mais frequentes da palavra e estabelece novo marco para utilização do conceito, que foi amplamente difundido pelo Brasil. A autora define gênero como o elemento constitutivo das relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos, e como forma primária de dar significado às relações de poder.

Em seu trabalho, Scott (1995) lança luzes sobre a perspectiva relacional que envolve a noção de gênero. A autora argumenta que, diferente de uma perspectiva naturalista e fixa, as concepções de masculino e feminino são fórmulas socialmente construídas, desenvolvidas com base em relações sociais mútuas. Assim, a noção do que é feminino não pode ser apreendida de modo isolado, mas apenas se confrontada com a ideia de masculinidade que vige em determinado momento, destacando-se que os parâmetros consagrados socialmente para determinar cada um dos termos também são mutáveis.

A perspectiva relacional rejeita, dessa forma, explicações meramente biológicas para a divisão binária clássica entre masculino e feminino. O gênero, enquanto categoria social, enfatiza todo o sistema de relações que também inclui o sexo e suas estruturas naturais, mas não necessariamente é determinado por ele. A análise aborda as múltiplas conexões que homens e mulheres desenvolvem quotidianamente, os significados socioculturais de pertencer a cada um destes grupos, além de hierarquias, precedências e relações de poder que são estabelecidas com base nesse dualismo.

A afirmação de Simone de Beauvoir (1980, p. 9), segundo a qual “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”, sintetiza bem essa onda de pensamento desenvolvida principalmente por autoras feministas que discutiam o conceito de gênero após a década de 1970. Trata-se de conceito que possui função de crítica social e, como indicado por Scott (1995, p. 73), alinha-se a outros

como os de raça e classe, que assinalam desde logo uma espécie de comprometimento do sujeito que os utiliza com a narrativa de grupos historicamente oprimidos, além da consciência de desigualdade na distribuição do poder. O termo sexo ficaria restrito, após a consagração do conceito de gênero, à ideia de diferenciações sexuais, biológicas, sem problematização de fatores sociais ou de relações de poder entre homens e mulheres.

Como dito, esse dualismo que possibilita a criação de estruturas hierárquicas e de várias espécies silenciosas de dominação teve lugar na história ocidental durante muito tempo, sob uma perspectiva fática, ontológica, e jamais crítica ou enquanto processo de construção diuturna. A formulação do conceito de gênero, especialmente como elemento para análise histórica, como proposto Joan Scott (1995), é essencial porque abre as portas para novas indagações neste sentido: quais os significados atribuídos socialmente ao masculino e ao feminino? Esses significados criam hierarquias, estruturas de dominação? Quais são as instituições sociais responsáveis pela formulação e perpetuação de tais ideias?

1.2 Dinâmicas de poder: o masculino e o feminino socialmente construídos

Em sua obra *A dominação masculina*, Pierre Bourdieu (2002) traz um esquema sinóptico de quais seriam as características atribuídas pela ordem social a homens e mulheres, segundo uma perspectiva de oposição. Assim como Scott, Bourdieu

situa masculino e feminino como posicionamentos socialmente opostos, segundo os quais os traços característicos de um apenas podem se manifestar de modo completo se os do outro forem suprimidos.

Segundo ele, a divisão social do trabalho atribuiu atividades diversas de acordo com os sexos dos indivíduos. O espaço público de fala e de participação na vida social, no mercado ou na assembleia é reservado aos homens, enquanto as mulheres são orientadas ao trabalho no âmbito doméstico. O masculino reúne as noções de dominância, abertura, maturidade, e o feminino as de clausura, submissão, religiosidade. Bourdieu (2002, p. 18) afirma que o desenvolvimento de características masculinas se dá de forma positiva: pelo crescimento da virilidade e pela ocupação dos locais públicos de fala. O desenvolvimento do feminino, por outro lado, ocorre apenas como negação, pela arte “de se fazer pequena” e submissa, dando espaço à afirmação pública masculina. Trata-se, assim, de um confinamento simbólico, que não se justifica expressamente, mas cria *habitus* diferentes reproduzidos pela sociedade, que silenciosamente autoriza relações sociais de dominação e de exploração com base nos sexos dos indivíduos.

A lógica criada por essas construções sociais é ainda mais forte porque desenvolve uma espécie de tautologia. A visão social androcêntrica constrói um preconceito social contra o feminino. As mulheres são circunscritas às tarefas interiores e às providências ingratas e mesquinhas (BOURDIEU, 2002, p. 21), o que reforça o preconceito já vigente contra elas. Não há como

escapar, por essa visão, do poder dominador masculino: se apenas os homens podem desempenhar atribuições compatíveis com sua “dignidade”, às mulheres cabe apenas a assimilação de tarefas pequenas, que não rendem elogios se bem exercidas, mas geram fortes reprovações caso descumpridas.

Analisando a perspectiva de poder extraída do conceito de gênero, Scott corrobora a possibilidade de criação dos esquemas indicados por Bourdieu. A historiadora afirma que o gênero é categoria utilizada de forma persistente para possibilitar a significação do poder no ocidente, nas tradições judaico-cristãs e islâmicas (SCOTT, 1995, p. 88). O conjunto de referências ligadas a esse termo estrutura a percepção e a organização da vida social, de modo que se trata de categoria intimamente relacionada com o acesso diferenciado aos recursos materiais e simbólicos na sociedade. Vale dizer que, pela forma como o gênero exerce influência sobre a estrutura social, um indivíduo possui perspectivas diferentes de acesso ao poder – material ou simbólico – a depender de sua identificação social como masculino ou feminino.

São várias as instituições sociais indicadas por estudiosos do gênero como fontes de construção e de perpetuação desses esquemas de poder, segundo as quais às mulheres cabe submissão e aos homens, dominação e autoridade. Indicam-se principalmente a família, a escola, a Igreja (Católica Apostólica Romana, apontada pela maioria dos autores, mas o raciocínio vale para as religiões patriarcais, de um modo geral) e o Estado como centros

a partir dos quais irradiam as concepções de masculino e feminino preconizadas socialmente. É evidente que essas instituições são condicionadas, por sua vez, pelos pensamentos de indivíduos também inseridos na sociedade, de modo que não se pode ignorar a força da assimilação individual desses padrões, construída de modo intersubjetivo (ou relacional, como diria Scott).

Na família, ocorre a introdução principal dos indivíduos às noções de gênero que estão vigentes em determinada sociedade. É pela autoridade dos pais e pela própria maneira como se estrutura a dinâmica familiar que as crianças compreendem os papéis sociais atribuídos ao masculino e ao feminino. Na figura dos pais, observam-se as relações de subordinação entre marido e esposa, a noção de posse do primeiro para com a segunda, e principalmente a divisão quotidiana de tarefas. Também pelo poder familiar, direciona-se a utilização dos corpos sexuais, de modo que – em geral – trata-se da instância em que meninos são ensinados a agir conforme preceitos tidos como masculinos (reprimindo características femininas), e meninas são guiadas aos ensinamentos do sexo oposto.

É na família que se desenvolvem as primeiras noções de certo e errado em termos de sexualidade e de comportamento social. Pela importância que a instituição possui na formação individual das ideias sobre gênero, Bourdieu (2002, p. 51) afirma que:

É, sem dúvida, à família que cabe o papel principal na reprodução da dominação e da visão masculinas; é na família que se impõe a experiência precoce da divisão sexual do trabalho e da

representação legítima dessa divisão, marcada pelo direito e inscrita na linguagem.

A escola, abrangendo qualquer instituição oficial de ensino, representa ponto paradoxal na perpetuação da cultura androcêntrica de gênero. Se, por um lado, é grande responsável pela transmissão velada às novas gerações de concepções sobre as atribuições do masculino e do feminino, incentivando dessa forma manutenção dos esquemas de poder, é também vista, por outro, como local de possibilidades e de revoluções no discurso dominador. Assim, a escola que preza pela educação meramente discursiva, reprodutora do conhecimento que já se elevou como correto, não poderia deixar de se afiliar também à cultura patriarcal dominante, de reprodução dos estereótipos de gênero, premissa sob a qual se construíram os estudos mais clássicos. Mesmo no meio acadêmico, se ausente uma perspectiva crítica, o conhecimento científico produzido pode se limitar à reprodução daqueles esquemas. A educação socialmente comprometida, no entanto, tem potencial de mudança porque age na formação básica dos indivíduos, em momentos durante os quais se compõem suas imagens próprias e as dos agentes sociais com quem interagem.

Tratando-se de cultura ocidental, as instituições religiosas judaico-cristãs também são apontadas como grandes influências para determinação dos padrões atuais de divisão dos gêneros. Nessa cultura, de acordo com as interpretações mais tradicionais, as mulheres são submissas aos seus maridos, à criação dos filhos, à postura dócil e aos afazeres domésticos. São, ainda, vistas sob perspectiva sexualizada, como fonte de pecado em diversas

alegorias. Em termos institucionais, tanto o judaísmo quanto o cristianismo estipulam lideranças patriarcais, cabendo às mulheres apenas em segundo plano a atuação nos rumos das comunidades, lideradas eminentemente por homens.

O Estado também é forte responsável pela transmissão das relações de poder decorrentes do gênero. A ele cabe o uso legítimo da violência para defesa do discurso oficial, que se externa pela Constituição nos Estados Democráticos de Direito e pelo conjunto de leis infraconstitucionais. Ao tratar do assunto, Bourdieu destaca que, especialmente no tocante ao direito de família, é provável a positivação de discursos androcêntricos por meio da força normativa do ente estatal. O autor assevera que o Estado reforça e ratifica as prescrições e proscricções do patriarcado privado com a sanção de patriarcado público, “inscrito em todas as instituições encarregadas de gerir e regulamentar a existência quotidiana da unidade doméstica” (BOURDIEU, 2002, p. 52).

Além da principiologia constitucional e do Direito de Família, a criminalização ou não de certas condutas, a exemplo da restrição de tipicidade do estupro para vítimas que sejam mulheres honestas, representa outro meio pelo qual o Estado enuncia de forma cogente a estrutura de relações entre gêneros que será admitida. Nesse sentido, a Constituição, enquanto fundamento de validade e vetor axiológico de todo o ordenamento jurídico, desempenha papel primordial no que diz respeito às estruturas clássicas de dominação e poder entre os gêneros, seja

para legitimação do discurso androcêntrico, seja para admissão de interpretações mais críticas e comprometidas com mudanças.

1.3 Violência de gênero como mecanismo de reprodução da própria estrutura social

A reprodução de ideias predominantemente androcêntricas ocorre de maneiras diversas e não necessariamente evidentes no meio social. Há manifestações públicas, de teor tipicamente patriarcal e discriminatório, que cada vez mais têm sido objeto de repulsa social (graças principalmente à luz que os movimentos feministas do final do século passado lançaram à questão), mas também há aquelas veladas, detentoras de maior carga simbólica do que de repercussões fáticas. As manifestações violentas, entendidas como aquelas que se dão de modo agressivo e que atentam diretamente contra direitos fundamentais das mulheres, não ocorrem necessariamente de maneira evidente, como se poderia imaginar. Muito ao contrário, os esquemas de poder e de dominação simbólica masculina se perpetuam primordialmente de forma silenciosa, acobertados por consensos sociais que, como ressaltado por Bourdieu, têm por fonte tanto a unidade doméstica como as grandes instituições sociais indicadas anteriormente. O autor faz a seguinte observação:

Realmente, creio que, se a unidade doméstica é um dos lugares em que a dominação masculina se manifesta de maneira mais indiscutível (e não só através do recurso à violência física), o princípio de perpetuação das relações de força materiais e simbólicas que aí se exercem se coloca essencialmente fora desta unidade, em instâncias como a Igreja, a Escola ou o Estado e

em suas ações propriamente políticas, declaradas ou escondidas, oficiais ou oficiosas [...] (BOURDIEU, 2002, p. 69).

Assim, no esquema de divisão dos espaços simbólicos ocupados por homens e mulheres na sociedade, e seguindo as normas não escritas ditadas por uma cultura androcêntrica e pelo que Bourdieu denominou “dominação masculina”, a violência de gênero se coloca não como ponto de partida, mas como consequência, reflexo direto das ideias compartilhadas de modo intersubjetivo a respeito do masculino e do feminino. Se, no imaginário social, o homem representa figura viril, racional, prática, dominadora, ativa, às mulheres cabe o papel de seres submissos, emotivos, indecisos, instáveis. A violência de gênero se insere nesse contexto como mecanismo que simplesmente perpetua a divisão tradicional, reforçando-a primordialmente, mas não apenas, a partir das unidades domésticas.

É evidente a maneira pela qual os esquemas de dominação tomam forma nas agressões de gênero, expondo ideias que compõem noções socialmente compartilhadas a respeito do assunto, embora, muitas vezes, sejam silenciosas. Principalmente no âmbito doméstico, são ideias que ainda dominam o imaginário ocidental: de que o homem é o pai de família, responsável por gerir a economia doméstica e tomar decisões relevantes quanto aos rumos que o grupo toma; de que as mulheres se responsabilizam pelas tarefas domésticas da família, de forma direta ou indireta, cabendo-lhes a gestão do espaço familiar; de que as mulheres que provêm de famílias “honradas” devem portar-se de forma discreta, nunca promíscua, e sempre atenta às diretivas do

homem que chefia o grupo; de que, num relacionamento afetivo, o homem exerce determinada espécie de posse sobre a mulher, sendo autorizado até mesmo a agir de forma violenta contra ela ou contra outros que lhe desafiem a autoridade.

A antropóloga Lia Zanotta (2016, p. 170-174), em estudo no qual analisou boletins de ocorrência levados ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar do Núcleo Bandeirante, Distrito Federal, corrobora e evidencia a repercussão dos consensos sociais sobre gênero (e das relações de poder daí decorrentes) nos casos de violência contra a mulher que são noticiados ao Poder Público. Ela elenca seis espécies de indicadores do exercício de violência baseada no gênero que chegam à Justiça, com fulcro nos argumentos utilizados pelos agressores nos atendimentos psicossociais e da equipe multidisciplinar.

Em resumo, são os seguintes argumentos listados pela autora: a) os agressores acreditam que possuem o discernimento sobre o que é certo ou errado para o grupo familiar, e, por meio de atos violentos, cobram obediência das mulheres, que são taxadas como emocionalmente instáveis; b) as ofensas são dirigidas à “honra feminina”, por meio de insultos que se relacionam ao comportamento sexual das vítimas; c) os agressores agem de modo violento por ciúmes ou ideias de traição, comprovadas ou não, em atitudes de posse frente ao corpo das mulheres com quem mantêm relacionamentos afetivos; d) entre pais e filhas ou enteadas, os atos violentos ocorrem como modo de fiscalização do comportamento atribuído à “mulher honrada”, quanto ao

modo de se vestir, de falar, de se portar social e sexualmente; e) entre irmãos, a violência ocorre como extensão do poder pátrio pretensamente atribuído ao pai, também como forma de fiscalização do comportamento da mulher; f) nos conflitos que envolvem ao mesmo tempo irmãos de sexos diferentes, aos homens a punição geralmente ocorre em tom de desafio, e às mulheres, com uso desproporcional de humilhação e atribuição de “qualidades inferiores”, ou “desonradas” (ZANOTTA, 2016, p. 173).

Assim, as anotações da antropóloga sobre o tema indicam a superposição do entendimento social compartilhado a respeito de gênero sobre as inúmeras formas de violência doméstica. Acrescentem-se aos casos narrados pela autora, os diversos crimes de estupro que se desenrolam no âmbito doméstico e partem, também, de uma noção de posse e superioridade do corpo masculino – pretensamente viril e dominador – sobre o feminino – sexualizado e subserviente, de acordo com o imaginário social. Como dito, as várias espécies de violência não representam nascedouros dos mecanismos de dominação e hierarquia, mas sim consequências dos consensos sociais silenciosos, porém extremamente arraigados sobre os papéis de homens e mulheres na sociedade.

Ressalte-se que as anotações aqui trazidas referem-se primordialmente à violência de gênero em âmbito doméstico, porque são aquelas que possuem maior destaque nos casos judiciais e que se tornam públicas no Brasil. Em diversas sociedades, as

manifestações violentas de hierarquia e de dominação podem ocorrer de formas distintas, como são os casos da mutilação de órgãos genitais femininos em países africanos (especialmente em Mali, na Gâmbia, e na Mauritânia) ou de casos mais sintomáticos de estupro (como na Suécia, país europeu com a maior taxa de estupros, que possui índice internacional inferior apenas ao de Botswana, na África¹).

2 O âmbito de proteção positivado pela Lei nº 11.340/2006

Para compreender a abrangência da Lei nº 11.340/2006, essencial que antes se discorra acerca dos mandamentos internacionais de proteção à mulher com que o Brasil já se comprometera. A Lei Maria da Penha é o produto tardio de diversos compromissos assumidos pelo País desde a década de 70 no tocante à proteção da mulher e realiza verdadeira adequação do fenômeno da violência de gênero ao contexto brasileiro.

2.1 A abrangência dos mandamentos internacionais de proteção

A análise do contexto internacional em que a Lei nº 11.340/2006 foi elaborada torna mais fácil a compreensão quanto à delimitação protetiva a que procedeu, bem como a ampliação conceitual no tocante ao conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher. Como dito, o histórico de elaboração legislativa

¹ De acordo com relatório de 2014 da Organização das Nações Unidas (*United Nations Office on Drugs and Crime*), disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/statistics.html>. Acesso em: 03 fev. 2017

da chamada Lei Maria da Penha está intimamente relacionado ao desenvolvimento internacional de uma consciência protetiva frente à desigualdade de distribuição do poder entre os gêneros, assim como às consequências nefastas que daí provêm. A Lei Maria da Penha foi elaborada após grande atraso legislativo brasileiro em adimplir com determinados compromissos internacionais, como a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994, dentre outras declarações e conferências. A condenação no caso de Maria da Penha Maia Fernandes, levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2001, foi apenas o ápice da mora brasileira em criar um sistema protetivo com o qual já se havia comprometido internacionalmente.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979, e internalizada por meio do Decreto Legislativo nº 93/83 (ONU, 1979). Trata-se de documento resultante da I Conferência Mundial sobre a Mulher realizada em 1975, no México. O documento foi ratificado pelo Brasil com reservas em 1981, especialmente no tocante ao direito de família (BIANCHINI, 2015, p. 208). No entanto, após a promulgação da Constituição de 1988, que preconizou igualdade plena entre os sexos em diversos dispositivos, a Convenção foi integralmente

ratificada em 1994. Conhecida com CEDAW², inseriu-se no contexto de discussão a respeito da desigualdade entre os gêneros ocorrida no final do século passado, sendo o primeiro documento de maior relevância a se preocupar com as particularidades dos direitos das mulheres na busca de concretização de igualdade material, e não apenas formal, com os homens.

No texto da CEDAW, são diversos os dispositivos que tratam da discriminação contra a mulher e abrangem quaisquer mecanismos de distribuição injusta de poder que ocorra em função do gênero na sociedade. O artigo 2º de seu texto revela compromisso com a erradicação de quaisquer formas de discriminação dessa espécie, estabelecendo que os países signatários devem adotar medidas legislativas para estipular sanções contra tais atos discriminatórios. Ressalte-se, quanto ao texto da Convenção, que o termo gênero ainda não é utilizado e o foco, de maneira genérica, é o combate à discriminação contra a mulher, sem indicação de formas específicas de violência ou de mecanismos mais concretos para tanto (ONU, 1979). Trata-se, portanto, de carta com maior valor simbólico, enunciativo e programático.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher foi adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 06 de junho de 1994, ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995. Foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos a

² Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women.

utilizar o termo gênero, ainda que não o tenha definido de modo expresso (BIANCHINI, 2015, p. 210). Também conhecida como Convenção de Belém do Pará e como o próprio título oficial indica, lançou luzes sobre o problema específico de violência contra as mulheres.

Assim, o texto da Convenção relaciona de modo mais claro a violência de gênero e os atos discriminatórios não violentos que se perpetuam socialmente. No artigo 7º, os Estados signatários se comprometem a adotar políticas públicas para orientar a erradicação e prevenir essa espécie de violência, por meio de práticas institucionais, diligências investigativas e aprimoramento das legislações penais, cíveis e administrativas.

Ressalte-se que a violência contra a mulher tutelada pela Convenção de Belém do Pará é tanto a pública quanto a privada – conforme artigo 3º –, anotação importante para compreender a distinção entre os mecanismos internacionais de proteção e aqueles positivados pela Lei Maria da Penha no Brasil. Além disso, o artigo 2º do documento conceitua violência física, psicológica e sexual contra a mulher no ambiente familiar, comunitário ou mesmo a praticada por agentes estatais, outro ponto que será restrito pelo texto da Lei nº 11.340/2006 (OEA, 1994).

A Declaração de Viena, de 1993 (ONU, 1993), também merece destaque quando se trata de documentos internacionais relativos aos direitos das mulheres. Como assevera a doutrina, foi a primeira declaração a enunciá-los como categoria de direitos humanos, cunhando a expressão “direitos humanos da mulher”,

em seu artigo 18, Parte I (PORTO, 2014, p. 18). Assim, reconheceu que os crimes praticados nesse contexto têm repercussão contra a integralidade da proteção aos direitos humanos, ao afirmar que os abusos praticados na esfera privada – muitas vezes tratados como problemas internos do grupo familiar – representam violação de caráter grave, que devem sofrer intervenção enérgica do poder público.

Por fim, no âmbito internacional, relevante destacar a condenação sofrida pelo Brasil no caso 54/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2001, p. 14), em que Maria da Penha Maia Fernandes buscou reconhecimento da tolerância da República Federativa do Brasil em tomar providências quanto ao processamento e à punição de seu então esposo por duas tentativas de homicídio de que ela fora vítima, ocorridas havia mais de quinze anos, e que resultaram em paraplegia irreversível. O Brasil foi condenado pela Comissão por tolerância e “falta de efetividade da ação policial e judicial” quanto à persecução desses crimes, recomendando-se ao Estado “Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil”, listaram-se também medidas mais específicas para combate a essa espécie de violência.

2.2 Delimitação conceitual: a violência doméstica e familiar contra a mulher baseada no gênero

Como já se afirmou, o âmbito de proteção aos direitos das mulheres consagrado pela Lei nº 11.340/2006, publicada em 7 de

agosto de 2006, não é o mesmo dos documentos internacionais enunciados acima. Essa indicação é essencial para o tema deste trabalho, pois no momento de aferir a incidência da norma protetiva, não se pode pretender tratar-se de toda e qualquer discriminação contra a mulher, tanto em âmbito público quanto no privado, de modo semelhante ao que enuncia a Convenção de Belém do Pará.

A combinação dos artigos 5º e 7º da Lei Maria da Penha permite visualizar a delimitação de incidência levada a efeito pelo legislador brasileiro, que determinou aplicação da norma nos casos de: violência baseada no gênero (artigo 5º), praticada contra a mulher em contexto doméstico, familiar ou em razão de relação íntima de afeto (artigo 5º, caput, e incisos I a III), e que implique morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (artigo 5º, caput, e artigo 7º, incisos I a V) (BRASIL, 2006).

Observa-se, então, que o legislador nacional não procedeu à mera repetição dos dispositivos internacionais para consagrar proteção genérica contra a mulher no Brasil. Há delimitação protetiva evidente na Lei Maria da Penha, que busca coibir formas primordialmente privadas de violência contra a mulher, ocorridas em espaços familiares e no curso de relacionamentos afetivos. Como destaca Suxberger (2016, p. 204), “a temática da violência de gênero no Brasil assume recorte próprio que observa as peculiaridades sociais e históricas.

Assim, a norma brasileira não se aplica aos casos de violência de gênero que ocorram em âmbito meramente público, desvinculados de relações íntimas de afeto; sejam perpetrados ou tolerados pelo Estado, como enuncia o artigo 2º da Convenção de Belém do Pará; aconteçam em ambientes de trabalho, nos quais não haja relações de intimidade e afeto, ou nas escolas, como decorrência de ações educacionais (OEA, 1994). Percebe-se que a Lei Maria da Penha não tutela a violência de gênero em sua integralidade, mas apenas a doméstica e familiar praticada contra a mulher, conforme tipificada nos artigos 5º e 7º da norma (BRASIL, 2006).

Ao tecer críticas sobre estudos feministas de violência doméstica, Elisa Celmer (2015, p. 57) faz citação que realça a delimitação conceitual promovida pela Lei Maria da Penha no Brasil. A autora, citando Bárbara Musumeci Soares, diz que, para as feministas, “violência doméstica é um eufemismo politicamente incorreto porque desvia a atenção do problema central que é a violência de gênero”.

A afirmação é interessante porque evidencia a relação de contingência entre violência doméstica e familiar e o fenômeno mais amplo da violência de gênero, tratando aquela como eufemismo desta. Entretanto, não se concorda com a crítica trazida por Soares. Acredita-se que a adequação de um fenômeno amplo como a violência de gênero é essencial para que haja proteção efetiva no contexto de cada país. Como dito anteriormente, trata-se de problema social que assume várias

nuances a depender de contextos culturais diversos. Uma norma protetiva demasiadamente ampla, que buscasse combater a violência de gênero em sua integralidade, correria o grande risco de se tornar legislação simbólica, como tantas outras no Brasil. A tutela à violência doméstica e familiar é essencial e nada possui de politicamente incorreta, porque, além de adaptar o combate à violência de gênero aos contornos que o tema assume no País, lança as primeiras balizas para um discurso público de proteção mais ampla às mulheres, posicionamento que já vem se estendendo nos últimos anos para além do âmbito doméstico. A Lei não somente se dirige a problema social grave na sociedade brasileira, como também representa o primeiro passo para outras políticas protetivas, que poderão voltar-se, por exemplo, aos casos de assédio contra a mulher em ambientes laborais ou em espaços comunitários públicos.

Ressalte-se, ainda, que apesar da especificação trazida pela Lei Maria da Penha quanto ao ponto exposto, são inúmeras as formas de ações violentas elencadas pela Lei, que ali podem se enquadrar sem sequer constituírem crimes tipificados na norma penal. Por isso se diz que a norma procedeu a uma ampliação conceitual em relação ao termo violência. Esse fator, por si só, permite aplicação de medidas protetivas e dos demais instrumentos de proteção à mulher trazidos pela Lei, ainda que não se acione o aparato penal do Estado. A violência psicológica, por exemplo, pode ocorrer em virtude de danos emocionais e manipulações psíquicas que vulnerem a autoestima da mulher,

o que abstratamente não constitui crime, mas pode ensejar aplicação das medidas previstas pela Lei nº 11.340/2006. Ao tratar do assunto, Alice Bianchini (2015, p. 218-219) afirma que a Lei, simultaneamente, restringiu e ampliou o conceito de violência contra a mulher, pois nem toda agressão dessa espécie foi tutelada pela norma, mas a aceção do termo *violência* é ampla, para além daquele estabelecido no campo do Direito Penal.

Analisada a abrangência protetiva da Lei nº 11.340/2006, especialmente quando relacionada ao âmbito de proteção internacional e ao conceito mais amplo de violência de gênero, pode-se abordar a forma como a jurisprudência vem decidindo pela aplicação ou não da norma em casos particulares.

3 Critérios jurisprudenciais para incidência da Lei nº 11.340/2006: análise de julgados

Em *O Poder Simbólico*, Pierre Bourdieu (1989) ressalta a complexidade subjacente à atividade de intérpretes autorizados do direito. Ao tratar da subsunção da norma ao mundo fático, praticada com pretensões universalizantes e de neutralidade por esses profissionais, realça o aspecto de luta e de apropriação de poder que o ato implica. Vale dizer que a jurisdição, ou seja, a atividade de “dizer a vontade da norma”, possui grande eficácia simbólica, porque atravessa um trabalho de racionalização que ignora o que possui de arbitrário e de pessoal, criando legitimidade perante os destinatários (BOURDIEU, 1989, p. 225). A própria ideia de que a norma possui uma vontade a ser

revelada imparcialmente busca anular a percepção de influências não jurídicas pessoais sobre o trabalho dos órgãos julgadores.

O veredicto, assim, representa ato pretensamente enunciativo praticado pelo aplicador do direito que, em virtude daqueles trabalhos de racionalização, goza de legitimidade social, especialmente pela autoridade simbólica do mandatário que o enuncia. Decisões judiciais, sob esta visão, são o ápice de jogos de poder implícitos, silenciosos, enunciados por meio de palavras públicas, autorizadas e pretensamente proferidas em nome de todos. Bourdieu (1989, p. 236) ressalta, de modo figurado, tratar-se de “actos mágicos que são bem-sucedidos porque estão à altura de se fazerem reconhecer universalmente, portanto, de conseguir que ninguém possa recusar ou ignorar o ponto de vista, a visão que eles impõem”.

No tocante à proposta deste trabalho, essas observações permitem indicar a relevância da análise de julgados para o discurso oficial quanto à violência doméstica e familiar contra a mulher na sociedade brasileira. Ao dar o veredicto com relação aos casos que atraem incidência da Lei Maria da Penha, os órgãos julgadores – mandatários oficiais do discurso jurídico estatal, determinam o que representa violência baseada no gênero feminino, como exigido pelo artigo 5º da Lei. As decisões possuem importância imensa para as lutas sociais que se desenrolam em torno do tema, especialmente para a visibilidade do fenômeno da violência de gênero como um todo, discutida apenas parcialmente no âmbito da Lei nº 11.340/2006, como se demonstrou no capítulo anterior.

Não se argumenta, com isso, que haja um maniqueísmo simples na prolação das decisões que serão criticadas, como se quisessem apenas estancar a percepção mais ampla e complexa dos conflitos de gênero no âmbito de unidades domésticas, familiares ou relações íntimas de afeto. O que existe, a nosso sentir, é um grave problema de retradução – nos termos indicados por Bourdieu ao início do trabalho – dos contornos que a violência de gênero adquire no Brasil, tendo em vista que a Lei nº 11.340/2006 não indica isoladamente seu âmbito de aplicação, especialmente em virtude da carga semântica complexa que o termo gênero possui, como já se estudou.

3.1 Critério para seleção de julgados

Na seleção de julgados para análise, dois critérios foram utilizados neste trabalho, que serão justificados adiante. Primeiramente, os casos selecionados são posteriores ao julgamento do Conflito de Competência 88.027/MG, analisado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em 5/12/2008, de relatoria do Ministro Og Fernandes³. O caso foi escolhido como marco temporal para seleção dos posteriores porque representa manifestação da Seção de Direito Penal do Superior Tribunal de Justiça acerca dos requisitos para incidência da Lei Maria da Penha. Em especial, o voto do Ministro relator destaca a necessidade de aferição da “vulnerabilidade, hipossuficiência,

³ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, CC 88.027 / MG, Relator Ministro Og Fernandes, Julgamento em 5/12/2008, Publicação no DJ-e em 18/12/2008.

inferioridade física ou econômica entre autora e vítima” no caso concreto, aferição que se reproduzirá em inúmeros julgados, tanto do Superior Tribunal de Justiça, quanto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, e que criticaremos mais adiante. Sabe-se que a decisão da Corte Superior não vincula os demais tribunais; ainda assim, será utilizada como marco para delimitação temporal porque permitirá aferir a repetição ou não do argumento ali utilizado nas decisões do TJDF, bem como a falta ou a presença de uniformidade entre os argumentos do próprio Tribunal.

O segundo ponto a se destacar é a opção pela análise de julgados da corte local – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) – para o trabalho. Nada obstante as inúmeras manifestações do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, que poderiam ser analisadas porque mais abrangentes e proferidas por Tribunal Superior, entende-se que a análise fático-probatória é mais ampla nos casos debatidos pelo TJDF. Nesse sentido, observa-se que, em julgados mais recentes da Corte Superior⁴, tem-se indicado a Súmula 7/STJ⁵ como impeditivo para revolvimento probatório, óbice evidentemente não aplicável aos julgados do TJDF e que dificultaria uma análise de casos. A segunda instância da Justiça estadual tem representado, desta forma, o local mais comum (e último) de análise fática dos

⁴ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, CC 88.027 / MG, Relator Ministro Og Fernandes, Julgamento em 5/12/2008, Publicação no DJ-e em 18/12/2008.

⁵ Enunciado da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça: “Pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

requisitos para incidência da Lei Maria da Penha, em que ainda é cabível debate quanto à situação concreta das partes em cada conflito de jurisdição.

Assim, foram selecionados julgados da Câmara Criminal do TJDF, órgão composto pelos desembargadores membros de todas as turmas criminais da Corte, especialmente em conflito de competência, posteriores a 18/12/2008. Serão trabalhados casos mais representativos da problemática que aqui se pretende debater, qual seja, a caracterização de violência de gênero apta a atrair incidência da Lei Maria da Penha.

3.2 Exposição de julgados para críticas

No processo de escolha de julgados, a fim de tornar a exposição mais didática, optou-se por dividir os acórdãos em grupos, de acordo com a temática de que tratam. Dessa forma, os seguintes grupos de julgados serão expostos neste tópico: casos em que há mais de uma vítima das agressões, não apenas do gênero feminino; agressões de irmãos contra irmãs; agressões que ocorrem em decorrência ou no curso de relações íntimas de afeto; casos de violência que giram em torno do uso de entorpecentes; e outros casos em que se debateu aferição concreta de fragilidade e subordinação da vítima frente ao agressor. Ressalte-se que o último grupo exposto é residual, e que a seleção foi elaborada com base na recorrência dos temas em sede de conflito de competência.

Inicialmente, trata-se de acórdãos relativos a conflitos em que se discutem agressões dirigidas a mais de uma vítima, não

apenas mulheres. O que se observa nesse tipo de julgado é uma grande atenção dirigida à vítima do sexo masculino, sendo o principal argumento eleito nos casos em que se afasta incidência da Lei Maria da Penha. Sem que haja maior aprofundamento quanto a possíveis desigualdades no tratamento entre os sexos, expõe-se, por exemplo, que não há motivação de gênero em determinado caso porque “duas das supostas vítimas são do sexo masculino”⁶. Localizou-se outro acórdão, no entanto, em que o tema foi tratado com maior cautela, e argumentou-se que o fato de haver outro morador do sexo masculino na residência do agressor “não descaracteriza a natureza das agressões contra as mulheres presentes na residência naquele momento”⁷.

No caso do Acórdão 916.937⁸, em que se trata de lesões corporais, ameaça e furto em contexto familiar contra dois homens e uma mulher, o Juízo da Vara Criminal observou que poderia se tratar de violência de gênero exclusivamente contra a sobrinha do agressor, única vítima mulher com a qual coabitava, tendo remetido o feito ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar, exclusivamente no tocante aos crimes contra ela. Este

⁶ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, CC 88.027 / MG, Relator Ministro Og Fernandes, Julgamento em 5/12/2008, Publicação no DJ-e em 18/12/2008.

⁷ TJDF, Câmara Criminal, 2015.00.2.031858-8CCR, Relator Desembargador Souza e Ávila, Acórdão nº 912.388, Julgamento em 14/12/2015, Publicação no DJ-e em 18/12/2015.

⁸ TJDF, Câmara Criminal, 2016.00.2.000096-8CCR, Relator Desembargador Humberto Ulhôa, Acórdão nº 916.937, Julgamento em 1º/02/2016, Publicação no DJ-e em 4/2/2016.

Juízo, no entanto, ressaltou que homens também foram ofendidos pelas agressões do investigado, embora não fora “mencionado pelas vítimas qualquer tipo de violência envolvendo gênero”. Sem adentrar a discussão sobre conexão probatória, ressalta-se que essa tentativa de aferição em concreto da subordinação e fragilidade da vítima mulher frente ao agressor, aliada à busca por declarações firmes de que as agressões tenham ocorrido em função do gênero, gera argumentos recorrentes que implicam o afastamento da Lei protetiva. Nesse julgado, por exemplo, afirma-se que “a relação existente entre a vítima e o sujeito ativo deve ser analisada concretamente, para verificar se é aplicável a Lei Maria da Penha” e depois “os autos evidenciam que não há relação de subordinação e dependência, associada à questão de gênero, da sobrinha ofendida em relação ao tio ofensor”. Por tais argumentos, declarou-se competente o Juízo da Vara Criminal, por inoccorrência de violência de gênero.

O segundo grupo de julgados é o mais recorrente em conflitos de competência analisados pela Câmara Criminal do TJDF. Trata-se de agressões de irmão contra irmã, que normalmente são analisadas pela mesma óptica utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça no caso do CC 88.027/MG: em grande parte dos julgados, diz-se que existe apenas desavença entre irmãos sem motivação de gênero, afastando-se a incidência da Lei Maria da Penha.

No Acórdão 916.993⁹, a irmã foi vítima de injúrias e ameaças por parte de seu ofensor porque passou a cobrar dele sua

⁹ TJDF, Câmara Criminal, 2015.00.2.028670-9CCR, Relator Desembar-

parcela de despesas na divisão de um lote que pertencia à genitora de ambos. Ela sofreu ameaças em sua residência e, inclusive, no trabalho durante quase um mês depois que passou a cobrar o pagamento do irmão. Há notícia de que as contas do imóvel deveriam ser divididas entre a vítima, o ofensor e outro irmão, mas apenas contra a mulher se dirigiam agressões constantes. Anteriormente, já haviam sido deferidas medidas protetivas em face do ofensor para proteger a irmã, oportunidade em que se reconheceu tratar-se de conflitos de gênero, e o Juízo suscitante indicou que, também no caso sob análise, haveria continuidade dessa espécie de violência. Apesar de todos os argumentos, destacou-se no voto do relator que “embora o crime tenha sido praticado contra vítima do sexo feminino, a ameaça não decorreu em razão do gênero ao qual a vítima pertence, mas, sim, em decorrência da cobrança existente por parte dela”.

Ao final do julgamento, declarou-se a competência do Juizado Especial Criminal em votação unânime, afastando a incidência da Lei Maria da Penha. O argumento utilizado no trecho em destaque é semelhante àquele aplicado no CC 88.027/MG, do Superior Tribunal de Justiça, e busca evidências de que a violência, no caso concreto, tenha ocorrido como forma de agressão ao gênero feminino, considerando que a mulher também deve ser hipossuficiente, fragilizada, ou dependente quanto ao agressor no caso de cada processo. O motivo causador do conflito

gador Silvânio Barbosa dos Santos, Acórdão nº 916.993, Julgamento em 1º/2/2016, Publicação no DJ-e em 4/2/2016.

na espécie é utilizado para afastar eventual motivação de gênero: argumenta-se no Acórdão que o fato de a briga ter ocorrido em decorrência da cobrança feita pela irmã frente ao agressor afastaria a caracterização dessa espécie de violência, ou seja, tratam-se os motivos como excludentes, como se a agressão não pudesse estar inserida ao mesmo tempo em um contexto de gênero e ocorrer por causa de uma cobrança de valores que não eram pagos pelo ofensor.

Outros casos de agressões de irmãos frente a irmãs chamam a atenção. No Acórdão 982.080¹⁰, a vítima informou ao ofensor que o filho deste estaria chorando, momento após o qual seu irmão lhe injuriou e deu-lhe um tapa no rosto. A genitora de ambos estava no local e tentou impedir as agressões, sendo também injuriada. A irmã informou ainda que já sofreu diversas agressões por parte do ofensor e que, ainda grávida, foi lesionada na barriga por ele. Ela requereu medidas protetivas, que foram indeferidas ao entendimento de que se tratava de meras desavenças entre irmãos, sem caracterização de “vulnerabilidade ou hipossuficiência da vítima em face do ofensor”. No julgamento do conflito de competência, o argumento foi mantido, asseverando-se que o conflito ocorreu porque a vítima informou seu irmão que o filho deste estava chorando, motivo por que ele se aborreceu. Entendeu-se que essa foi a causa do conflito, e não o gênero ou a situação de hipossuficiência da vítima.

¹⁰ TJDF, Câmara Criminal, 2016.00.2.047684-0CCR, Relator Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior, Acórdão nº 982.080, Julgamento em 21/11/2016, Publicação no DJ-e em 24/11/2016.

Ainda no tocante às agressões de irmão contra irmã, destaca-se a decisão no Acórdão 989.102¹¹. Consta que, nesse caso, o ofensor humilhava sua genitora, “já que reclamava da comida, da roupa mal passada e falava bem alto”. No momento em que sua mãe disse que ele deveria sair da casa, ele a puxou pelo braço e passou a andar pela casa, afirmando que ele havia comprado a cerâmica do imóvel e possuía o direito de continuar vivendo ali. A irmã do ofensor, diante da iminência de uma possível agressão física, resolveu intervir no conflito, instante em que seu irmão lhe desferiu “dois socos na cara e a empurrou contra a parede”. A vítima ressaltou ainda que o irmão já a agredia há algum tempo, tendo a arremessado no chão e desferido chutes em outra briga, fatos que não geraram ocorrências policiais. No Acórdão que analisou conflito de competência relativo a esse caso, destacou-se que “a situação descrita não se enquadra no conceito de violência doméstica, pois a violência em tese perpetrada não foi realizada e tampouco motivada no gênero da ofendida”. Ressaltou-se, ainda, não constar no processo informações quanto à sujeição “física ou financeira” da vítima em relação ao irmão agressor. Nesse caso, afastou-se a incidência da Lei Maria da Penha. São diversos os acórdãos no mesmo sentido¹².

¹¹ TJDF, Câmara Criminal, 2016.00.2.049018-5CCR, Relator Desembargador Roberval Casemiro Belinati, Acórdão nº 989.102, Julgamento em 12/12/2016, Publicação no DJ-e em 24/01/2017.

¹² TJDF, Câmara Criminal, 2016.00.2.049062-6CCR, Relator Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior, Acórdão nº 992.131, Julgamento em 06/02/2017, Publicação no DJ-e em 09/02/2017; TJDF, Câmara Criminal, 2016.00.2.003400-8CCR, Relator Desembargador Silvano Barbosa

O terceiro grupo de casos trata das agressões ocorridas no curso ou em decorrência de relações íntimas de afeto. Quanto a esses julgados, observa-se maior número de decisões da Câmara Criminal do TJDFT que vislumbram ocorrência da violência de gênero. No Acórdão 925.183¹³, o agressor ameaçou sua ex-esposa de morte porque ela não queria “disponibilizar ou vender” imóvel pertencente ao casal, a fim de que ele utilizasse o dinheiro para concluir um projeto. Ressaltou-se no julgamento que a vítima acolheu o ex-marido em sua residência devido ao seu estado fragilizado de saúde, mas desde então ele “passou a querer ditar as regras da casa”, ameaçando-a de morte caso ela não se dispusesse a vender os bens que lhes pertenciam. Nesse caso houve análise mais ampla da motivação de gênero, e o motivo específico das ameaças não afastou a incidência da Lei, destacando-se no voto do relator que “o fato de o acusado se indispor com outros membros da família... não retira do Juizado especializado... a competência para julgar a causa, em que se apuram crimes praticados contra a vítima, aproveitando-se da sua vulnerabilidade feminina”.

Outros casos decorrentes de relações íntimas de afeto também foram classificados como violência de gênero pela Câmara Criminal. No Acórdão 423.064¹⁴, as agressões contra

dos Santos, Acórdão nº 929.313, Julgamento em 21/03/2016, Publicação no DJ-e em 29/03/2016;

¹³ TJDFT, Câmara Criminal, 2016.00.2.003086-6CCR, Relator Desembargador João Timóteo de Oliveira, Acórdão nº 925.183, Julgamento em 07/03/2016, Publicação no DJ-e em 10/03/2016.

¹⁴ TJDFT, Câmara Criminal, 2010.00.2.002585-1CCP, Relator Desembargador João Timóteo de Oliveira, Relator Designado Romão C. Oliveira,

ex-namorada foram consideradas violência de gênero porque motivadas por ciúmes. Ainda que no voto do relator originário se tenha afastado incidência da Lei Maria da Penha, considerando que houve apenas “passageira convivência” entre agressor e vítima e que o vínculo afetivo seria frágil por esse motivo, o relator designado consignou que a tônica dos fatos seria o ciúme do ex-namorado da vítima, que ameaçou lesionar a mulher caso “a encontrasse na companhia de algum outro homem na UnB”. No Acórdão 346.916¹⁵, também se reconheceu incidência da Lei nº 11.340/2006 porque as ameaças de morte do ex-namorado frente à vítima ocorreram em virtude de ela se recusar a reatar o namoro.

No grupo seguinte, trata-se de agressões associadas ao uso de substâncias entorpecentes. Nos julgados em que há essa espécie de motivação, o uso de drogas é utilizado como forma de afastar a motivação de gênero. De forma semelhante a outros casos vistos anteriormente, parte-se de uma espécie de pressuposto segundo o qual a motivação específica exclui a possibilidade de que a agressão sob análise esteja inserida num conflito de gênero, que muitas vezes possui contornos nítidos.

No Acórdão 763.850¹⁶, o cunhado da vítima deu-lhe um soco no rosto e a xingou de “vagabunda” sem motivo aparente, valendo-

Acórdão nº 423.064, Julgamento em 03/05/2010, Publicação no DJ-e em 27/05/2010.

¹⁵ TJDF, Câmara Criminal, 2008.00.2.019005-5CCP, Relator Desembargador Mário Machado, Acórdão nº 346.916, Julgamento em 09/03/2009, Publicação no DJ-e em 29/04/2009.

¹⁶ TJDF, Câmara Criminal, 2013.00.2.027345-5CCR, Relator Desembargador Souza e Ávila, Acórdão nº 763.850, Julgamento em 24/02/2014,

-se do momento em que o irmão saiu de casa. Testemunha relatou que ele aparentava estar sob efeito de substância entorpecente, o que ensejou o conflito de competência analisado pela Corte. No julgamento do caso, destacou-se haver apenas indícios “de que o réu agiu sob o efeito de substâncias entorpecentes, fato este que necessita de comprovação na fase instrutória, para eventual afastamento da Lei Maria da Penha com base nesse argumento”. Com base nesse entendimento, manteve-se aplicação da Lei protetiva. Ressalte-se a anotação de que, havendo provas de que o réu agiu sob efeito de álcool ou drogas, seria possível o afastamento da norma, principal argumento utilizado pelo juízo do Juizado de Violência Doméstica para declinar da competência, num primeiro momento.

Argumentos semelhantes foram utilizados nos Acórdãos 709.794¹⁷ e 660.150¹⁸: no primeiro, afastou-se incidência da Lei Maria da Penha porque as ameaças dirigidas à mãe e à namorada do réu foram praticadas com intuito de obter dinheiro para comprar drogas. No segundo Acórdão, trata-se de agressões de sobrinha contra tia que habitavam a mesma residência. A agressora chegou alcoolizada e drogada em casa, arrombou a porta do quarto de sua tia dizendo “cadê minha comida, sua

Publicação no DJ-e em 26/02/2014.

¹⁷ TJDF, Câmara Criminal, 2013.00.2.013884-3CCR, Relator Desembargador José Guilherme, Acórdão nº 709.794, Julgamento em 09/09/2013, Publicação no DJ-e em 11/09/2013.

¹⁸ TJDF, Câmara Criminal, 2013.00.2.003096-8CCR, Relator Desembargador Romão C. Oliveira, Acórdão nº 660.150, Julgamento em 04/03/2013, Publicação no DJ-e em 12/03/2013.

velha safada, sem vergonha”. Após, agrediu-a com uma panela e a ameaçou de morte. Mesmo na Delegacia de Polícia, deu-lhe um tapa na cabeça e disse que a mataria. No julgamento do conflito de competência, asseverou-se que “nada indica que as agressões tiveram como móvel a condição de mulher da vítima, tampouco que a suposta autora dos fatos subjugava sua tia em decorrência de preconceito e/ou discriminação”, motivo por que se declarou competente o juízo da Vara Criminal comum.

Por fim, há outros casos que não se amoldam àqueles enumerados nesses grupos, mas utilizaram o mesmo argumento de que se deve verificar em concreto a subordinação da vítima frente ao agressor, bem como sua hipossuficiência ou vulnerabilidade físico-econômica. No Acórdão 635.379¹⁹, o cunhado da vítima a injuriou porque ela supostamente se intrometera em assuntos pertinentes à relação entre sua irmã e o agressor. O argumento utilizado para afastar aplicação da Lei Maria da Penha foi o de que “apesar de haver parentesco por afinidade..., a vítima não reside sob o mesmo teto que o indiciado, e os autos não denotam condição de fragilidade em face do ofensor”.

No tocante ao Acórdão 832.997²⁰, trata-se de injúria e vias de fato praticadas pelo agressor em face de sua tia e prima. Não

¹⁹ TJDF, Câmara Criminal, 2012.00.2.025288-7CCR, Relator Desembargador Mário Machado, Acórdão nº 635.379, Julgamento em 19/11/2012, Publicação no DJ-e em 22/11/2012.

²⁰ TJDF, Câmara Criminal, 2014.00.2.027212-9CCR, Relator Desembargador Humberto Ulhôa, Acórdão nº 832.997, Julgamento em 17/11/2014, Publicação no DJ-e em 20/11/2014.

há no texto do Acórdão qualquer menção aos fatos ocorridos. Da sua leitura não é possível depreender sequer o motivo pelo qual os delitos ocorreram; sabe-se apenas que houve requerimento de fixação de medidas protetivas na Delegacia de Polícia. Ainda assim, argumentou-se que a “relação existente entre a vítima e o sujeito ativo deve ser analisada concretamente, para verificar se é aplicável a Lei Maria da Penha”, afirmando-se em seguida que “Não se visualiza na origem da discórdia em questão o traço delineador da violência consistente na subjugação feminina de modo a atrair a aplicação da Lei Maria da Penha”. Por fim, ressaltou-se que a vítima de violência doméstica é aquela que “se apresenta ante seu algoz, na relação íntima de afeto, fragilizada, subordinada, em situação de dependência, em qualquer de suas modalidades, seja moral, afetiva, financeira”.

4 Críticas à abordagem jurisprudencial

Como já se esclareceu ao longo do trabalho, há grande dificuldade de retradução de fenômenos sociais complexos em campos científicos fechados, que evitam análises para as quais não dispõem de mecanismos autônomos de compreensão. O fenômeno da violência de gênero, ante a análise de julgados da Câmara Criminal do TJDF em conflitos de competência, revela-se como exemplo dessa incompreensão porque é reflexo pontual de relações sociais complexas, que carregam consigo grande carga histórica e representam para o conhecimento jurídico um corpo estranho, dificilmente limitado em termos legais precisos e suficientes.

Para compreender de forma mais nítida essa espécie de violência, o esforço do intérprete deve levar em conta, mas não se limitar à literalidade da norma positivada. A Lei Maria da Penha, enquanto espécie de ação afirmativa inserida na busca de isonomia material, gera intencionalmente situações de desigualdade. Talvez a dificuldade do intérprete na aplicação da norma esteja fundada principalmente neste ponto: não se parte da ideia de isonomia plena entre homem e mulher; a Lei se fundamenta em uma análise social para estabelecer diferenças apriorísticas entre os gêneros, ou seja, não admite que em princípio exista igualdade entre homem e mulher nos casos de agressão daquele contra esta, mas reconhece exatamente o oposto, uma situação de vulnerabilidade generalizada e abstrata do gênero feminino. Nesse sentido, assevera a Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação sobre a Mulher (CEDAW), em seu artigo 4º, que “A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação” (ONU, 1979).

O texto da Lei nº 11.340/2006, portanto, reconhece situação apriorística de vulnerabilidade da mulher frente ao homem na sociedade brasileira. Essa é a sua própria razão de ser (BRASIL, 2006). Não se afirma, com isso, que toda mulher seja dependente economicamente de seu parceiro, pai ou irmão, tampouco que haja nessas relações vulnerabilidade física expressa. Tais pontos, além de obviamente excepcionados por diversas situações, não

são o motivo pelo qual ainda é necessária a positivação de normas afirmativas como a Lei Maria da Penha.

A norma é necessária porque persiste no imaginário social uma cultura de patriarcado, a qual afirma uma isonomia apenas formal entre homens e mulheres, que não encontra respaldo nas situações relacionais de poder. Ainda que não haja fragilidade, vulnerabilidade ou hipossuficiência da mulher frente ao homem em determinado caso, persiste um consenso social torpe, silencioso, que projeta sobre ela as afirmações contundentes que vimos no primeiro capítulo: de submissão, de emotividade, de comprometimento com os cuidados do lar, com a vontade do chefe da família e com a criação da prole.

Assim, por mais que se estudem neste trabalho conflitos de competência oriundos de casos pontuais, deve-se compreender que a ação afirmativa da Lei tem comprometimento muito maior, pois propugna de fato uma transformação na sociedade. Nesse sentido, a análise dos casos não deve ser, de forma alguma, meramente concreta – no sentido trazido em muitos julgados: sempre que se trate de incidência de uma lei afirmativa, protetiva de um grupo socialmente vulnerável, a análise quanto a sua incidência não se pode desvincular de fatores macrossociais que fomentaram sua própria edição.

A complexidade da violência de gênero ocorrida no âmbito doméstico ou familiar é ainda mais difícil de ser apreendida ou retraduzida: não se trata de vínculos meramente agressivos, mas primordialmente de afeto entre ofensores e ofendidas. A mulher

que sofre violência de gênero no âmbito da unidade doméstica, de sua família ou em relações íntimas de afeto não é simplesmente uma vítima diuturna do seu agressor, mas apresentada frente à sociedade como sua companheira ou integrante de sua família – centro de afeto e de cuidado, em teoria. Por isso, não se endossa a utilização da expressão “mulher vítima de violência doméstica”, o que ressalta a necessidade de submissão e inferioridade para configuração da violência de gênero, tão buscada nos julgados que analisamos. A mulher se encontra em “situação de violência doméstica”, porque, ainda que o agressor a trate com afeto e cuidado nas relações diárias, apresentando-se socialmente como seu amigo, parceiro, ou vinculado a ela por laços sanguíneos, existe uma percepção social que ainda autoriza – e até mesmo incentiva – a postura masculina agressiva, possessiva, dominante, e que pode irromper sob diversos pretextos. Não se trata de dinâmica necessariamente contínua, muito menos declarada. Alice Bianchini (2015, p. 223) destaca que “apesar de reconhecidos avanços, ainda vivemos em uma sociedade com marcas patriarcais fortes, na qual predominam valores estritamente masculinos”.

Essas considerações encontram reflexo nos diversos julgados que descrevemos em que se aponta algum motivo concreto como causador do conflito analisado, argumentando-se que a Lei Maria da Penha ficaria afastada porque foi ele o gerador das agressões, e não o gênero da vítima. Ora, como dito, a situação de vulnerabilidade da mulher frente ao homem é silenciosa, apriorística, e pode ou não se manifestar de maneira

declarada em uma relação familiar ou afetiva. É pouco provável que os pontos de irrupção da violência ocorram simplesmente porque a vítima pertence ao gênero feminino, muito menos que essa afirmação fique evidente nos autos de qualquer processo, especialmente quando se trata de conflitos de competência, que normalmente são suscitados ainda na fase de inquérito. Exigir semelhante espécie de comprovação é impensável, devido à incipiência da investigação no tocante ao contexto em que a violência ocorreu. Noutras palavras, vincular a incidência da Lei a uma comprovação irrefutável de que a violência ocorreu com base no gênero da vítima nos casos concretos, da forma como se vem fazendo, é retirar-lhe o grande potencial afirmativo e transformador que possui.

Como destaca com propriedade a antropóloga Lia Zanotta (2016, p. 166-170), os esquemas de poder se colocam em ação exatamente quando despontam conflitos entre homens e mulheres por diversos motivos, e não arbitrariamente em função do gênero da vítima. É nas situações de resistência à vontade masculina, nos embates cotidianos entre irmãos, ou quando o agressor usa de entorpecentes, por exemplo, que a vulnerabilidade feminina se expressa, não porque sempre esteve presente de forma óbvia nas relações concretas, mas porque permeia o imaginário social do ofensor que sutilmente autoriza sua postura impositiva, violenta, “máscula”, frente à mulher.

Não importa o motivo da agressão: se ocorreu contra irmã após cobrança das parcelas de um lote, contra a mãe num momento

de embriaguez do filho, ou contra a ex-esposa em função da venda de bens que ainda pertencem ao casal. O pressuposto é de que a ação violenta de um homem contra uma mulher nesses casos decorre de uma desigualdade de gênero que a Lei Maria da Penha, em sua ação afirmativa, busca coibir. Esse deve ser o ponto de partida das análises em conflitos de competência, tal como colocado na exposição de motivos da norma. As razões concretas que levaram ao conflito não excluem essas premissas: todas aquelas espécies de embate podem, como provavelmente estão, ser inseridas em contexto de violência de gênero, porque agressores e agredidas se expressam socialmente como homens e mulheres, impondo-se sobre eles o forte esquema histórico de divisão de atribuições e de poder que permeia tanto a sociedade brasileira quanto a cultura ocidental como um todo.

O que se vem observando nos conflitos de competência, entretanto, é a análise pela via oposta. Os julgados partem da premissa de que as agressões de homem contra mulheres no âmbito doméstico, em relações familiares ou íntimas de afeto, em princípio, não decorrem do gênero da vítima, mas de uma relação entre iguais. Até que se evidencie cabalmente o contrário, argumenta-se que a violência ocorreu por diversos motivos, que não o gênero da vítima, como se os fatores fossem excludentes. É evidente que não o são: um ato agressivo perpetrado após cobrança de um boleto, ou apenas porque a irmã do ofensor o advertiu que seu filho chorava, pode de fato denotar violência de gênero.

Ao analisar julgado que trata de lesões praticadas por irmão contra irmã, semelhante a muitos expostos no capítulo anterior, Zanotta chega a conclusões semelhantes às que aqui se colocam. A autora argumenta com propriedade que a subordinação ou a vulnerabilidade da mulher frente ao homem – aferida de modo concreto nos acórdãos estudados – não se apresenta de forma contínua nas relações, mas pode se expressar justamente em momentos pontuais de discordância entre irmão e irmã, entre familiares ou nas relações íntimas de afeto, de modo geral. A Lei Maria da Penha não possui como requisito a constância de relações de dependência ou de vulnerabilidade nos casos em que incide. O principal ponto, segundo a autora, é que a vulnerabilidade alcança, em princípio, “todo o gênero feminino e, em qualquer contexto, dada a ancestral legitimidade do poder pátrio masculino” (ZANOTTA, 2016, p. 167). Assim, o que coloca todas as mulheres em potencial risco é o próprio repertório simbólico, social e cultural em que vivemos.

Em síntese, a principal crítica que se pode dirigir aos julgados é no tocante à necessidade de aferição em concreto da vulnerabilidade ou hipossuficiência da vítima. Os acórdãos em conflitos de competência vêm invertendo a lógica de discriminação positiva que é estabelecida pela Lei. Não se parte do pressuposto de que há uma situação histórica e ampla de desigualdade da mulher frente ao homem: pretende-se que em regra as relações sejam de igualdade, e, caso não demonstrados motivos claros de que a agressão decorreu de gênero, afasta-se a incidência da norma.

Outro ponto já destacado é a utilização de motivos pontuais que ensejam as agressões como fundamentos para afastar a caracterização de violência de gênero. Como se afirmou, a existência de motivos para a prática do crime, ou demais investigações sobre o dolo das condutas, não anula a caracterização dessa espécie de violência, mas podem justamente trazê-la a lume. A embriaguez do agressor, os desentendimentos oriundos de divisão de bens do casal, a cobrança de parcelas condominiais são exemplos de motivos utilizados para afastar a incidência da Lei Maria da Penha que nada revelam quanto ao contexto de gênero dos casos: como ressalta Lia Zanotta (2016), é justamente nos pontos de enfrentamento das vontades de homens e mulheres, sejam irmãos, familiares distantes, ou companheiros, que se evidencia o esquema de força e de poder que preenche o imaginário social. Não se trata, portanto, de motivos aptos a afastarem incidência da Lei Maria da Penha. São apenas gatilhos para agressões que se situam em contextos bem mais amplos, em sede de relações que se desenvolvem numa sociedade reconhecidamente discriminatória quanto ao gênero feminino.

Quanto ao papel das cortes na análise dos casos, dois pontos merecem críticas. Primeiramente, ressalte-se que, em todos os julgados analisados neste trabalho, à exceção do Acórdão 423.064, os pronunciamentos da Câmara Criminal se deram de forma unânime. Em se tratando de órgão colegiado composto por mais de dez julgadores, o dado é preocupante porque indica que o tema não vem passando por maiores discussões na Corte. Em regra, o

voto do relator traz argumentações prontas, utilizadas de forma reiterada nessa espécie de processo, e é acatado sem ressalvas por todos os desembargadores. Há pouco debate quanto às nuances dos casos sob análise, o que autoriza um pronunciamento seco e abstrato da Câmara Criminal, que não deveria ocorrer quando se considera a complexidade e a relevância do tema.

Destaque-se, ainda, que a aplicação da Súmula 7/STJ aos casos que discutem ocorrência da violência de gênero fecha a porta do debate no Tribunal Superior. Se mantido o entendimento de que a análise quanto à vulnerabilidade da vítima deve ocorrer em concreto, cada sorte de segunda instância dará o último pronunciamento quanto à caracterização dessa espécie de violência, vedando-se a uniformização da jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça. Nesse cenário, mais relevante ainda que se revolvam com mais interesse as situações de conflito doméstico levadas ao Poder Judiciário, construindo argumentos mais embasados e complexos a respeito do tema.

5 Conclusão

Ao longo deste trabalho, buscou-se aplicar à análise de julgados da Câmara Criminal do TJDF o conhecimento advindo de estudos críticos em torno do conceito de gênero, utilizado textualmente na Lei Maria da Penha. Analisando-se acórdãos em conflitos de competência da Corte, foi possível contrapor a complexidade semântica do termo à simplicidade argumentativa dos julgados que avaliam a ocorrência de violência baseada no

gênero da vítima. Em regra, há uma confusão entre os motivos dos delitos investigados e os requisitos para configuração dessa espécie de violência. Frequentemente, argumentos que partem dessa mistura de conceitos são utilizados para afastar a incidência da norma protetiva, o que repercute não apenas na solução dos casos analisados, mas também simbólica e socialmente, pois reduzem o potencial transformador e afirmativo da Lei Maria da Penha.

Observou-se que o tema é cada vez menos discutido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sob argumento de que se trata de revolvimento probatório vedado nessa instância, o que confere ainda maior importância à análise feita pelas cortes de segundo grau. A maior parte dos casos estudados, entretanto, foi julgada de modo unânime e os argumentos utilizados se repetem, sem indagar de modo mais profundo acerca das possíveis situações de violência contra as mulheres que se perpetuam na intimidade das famílias e de relacionamentos afetivos. Buscam-se provas de fragilidade, submissão ou hipossuficiência das mulheres nos casos concretos, o que denota dificuldade de apreensão do próprio conceito de gênero, que parte de uma análise macrossocial das relações de poder construídas em torno de diferenças sexuais.

O sentido de análise, de acordo com a exposição de motivos da Lei Maria da Penha, com os tratados internacionais sobre o tema, e com o conceito de gênero desenvolvido por estudos feministas, deve ser o inverso: deve-se partir da vulnerabilidade apriorística de todas as mulheres, decorrente de uma cultura que atribui

aos seus corpos determinadas características inatas, tidas como indiscutíveis. Essas características confinam o gênero feminino a situações de clausura, submissão, instabilidade e obediência, que se confirmam na análise de casos de violência doméstica levados ao Judiciário, nos quais os agressores buscam impor dominância sobre as mulheres, cobrando obediência, respeito ou fidelidade por meio de atos violentos.

Essa noção ampla acerca do tema deve ser o ponto de partida para analisar hipóteses de incidência da Lei Maria da Penha. Como se explicou no tópico 2 deste trabalho, não se trata de aplicação irrestrita a todos os casos de violência de gênero, pois a norma brasileira se limita àqueles praticados no âmbito doméstico e familiar, com as ressalvas claras feitas pelos artigos 5º e 7º da Lei 11.340/2006 (BRASIL, 2006). Entretanto, urge que os órgãos de segunda instância do Poder Judiciário assimilem o papel transformador e afirmativo proposto pela Lei e se comprometam com a prolação de decisões menos genéricas.

Title: The scope of application of the Maria da Penha Act (no. 11.340/2006): the definition of gender violence against female victims and its implications on court jurisdiction

Abstract: This paper investigates which definition of 'gender violence against female victims' attracts the application of the Maria da Penha Act (11.340/2006) and how such concept has been interpreted by the Brazilian Judicial Branch of Government. The act of jurisdiction grants effectiveness and State authority to the phrasing of laws, through interpretations which supposedly are authorized by all citizens. Therefore, when analyzing concepts with strong semantic richness, the role of courts

is made even more relevant and complex. In sciences with great autonomy – such as Law –, this process of retranslation is not conducted as an impartial hermeneutical activity, but frequently as a reflection of the dominant and oppressive notions of the society in which it occurs, especially if groups that are deprived of significant amounts of symbolic capital are involved. For that reason, the struggle of historically oppressed social segments is not benefited by affirmative laws if they are unaccompanied by affirmative court interpretation: the protection provided by the Maria da Penha Act loses meaning when its application disregards the *habitus* of obedience and inferiority to which women are relegated by the great majority of Western institutions. The study of feminist critical theories and the historical background of the Maria da Penha Act allow a better understanding of the term ‘gender’ in the context of the social distribution of power, as well as support the critical assessment of the local-court decisions concerning the requirements to the application of the before-mentioned Act.

Keywords: Gender. Gender violence. Domestic and family violence against women. Maria da Penha Act.

Referências

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BIANCHINI, Alice. Direito à não violência contra a mulher no contexto da Lei Maria da Penha: significados e significantes. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 206-226.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.
Tradução de: Fernando Tomaz.

BOURDIEU, Pierre. *Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico*. São Paulo: Editora UNESP, 2004. Tradução de: Denice Bárbara Cantani.

BRASIL. Comissão Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – COPEVID / Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais – CNPG / Secretaria de Reforma do Judiciário – SRJ / Secretaria Nacional de Segurança Pública – Senasp / Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres – SPM. *Versão da Adaptação Brasileira do Protocolo Ibero-Americano para Investigação com Perspectiva de Gênero dos Crimes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/nespeciais/promulher/artigos/Protocoloadaptado_versaoparaSENASPeCOPEVID.pdf>. Acesso em 15/02/2017.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...] e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 ago. 2006.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s) estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil*. 2013. 309 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Criminais, Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Porto Alegre, 2013.

CELMER, Elisa Girotti. *Feminismos, discurso criminológico e demanda punitiva: uma análise do discurso de integrantes de organizações não governamentais feministas sobre a lei 11.340/2006*. Curitiba: CRV, 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso 12.051: Relatório 54/01, de 04 de abril de 2001, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil*. 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 163-175.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei do Feminicídio)*. São Paulo: Atlas, 2015.

HORKHEIMER, Max. *Teoria crítica*. Buenos Aires: Amorrortu, 2003. Tradução de: Edgardo Albizu Y Carlos Luis.

MACHADO, Lia Zanotta. *Violência baseada no gênero e a Lei Maria da Penha*. In: BARBOSA, Theresa Karina de Figueiredo Gaudência (Org.). *A mulher e a justiça: a violência doméstica*

sob a ótica dos direitos humanos. Brasília: AMAGIS-DF, 2016. p. 161-175.

MAZZEO, Carla Costa da Silva. *Preconceito e discriminação de gênero: conceitos, estigmas e educação para a construção de uma nova conduta social*. Curitiba: Juruá, 2015.

MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração de Viena e Programa de Ação: Viena, 14-25 de junho de 1993*. Adotada em 25 de junho de 1993. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW-1979)*. 1979. Adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10233.html>. Acesso em: 3 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Interamericana para a Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher - “Convenção de Belém do Pará”*. 1994. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral. Disponível em: <<https://www>.

cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 3 fev. 2017.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/2006: uma análise crítica e sistêmica*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. De acordo com a ADI 4424.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p.71-99, jul. 1995.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Os riscos de violência institucional na violência de gênero: uma necessária contribuição da teoria crítica dos direitos humanos. In: BARBOSA, Theresa Karina de Figueiredo Gaudência (Org.). *A mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos*. Brasília: AMAGIS-DF, 2016. p. 199-217.

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

BORGES, Frederico Alencar Monteiro. O âmbito de aplicação da Lei nº 11.340/2006: o conceito de violência baseada no gênero e suas implicações na competência do órgão julgador. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 391-447, 2019. Anual.

Submissão: 11/7/2017

Aceite: 17/8/2017

O regime legal do tráfico de pessoas no Brasil: uma análise das razões da intervenção penal à luz da normativa internacional

Zanaliz Mara Cândido da Costa

Advogada. Pós-graduada em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (FESMPDFT). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2014).

Resumo: O presente artigo científico trata do regime legal do tráfico de pessoas no Brasil fazendo uma análise das razões da intervenção penal à luz da normativa internacional. Para o desenvolvimento deste trabalho, serão utilizadas a pesquisa bibliográfica e a análise documental dos documentos internacionais e das leis que antecederam a Lei nº 13.344/16. Desta feita, o tráfico de pessoas é um fenômeno complexo e mundial que há muito assola a sociedade, e cada vez mais vem ganhando espaço no mundo contemporâneo. Inúmeros tratados e convenções foram ratificados por diferentes Estados na intenção de conter esse fenômeno em expansão. A Organização das Nações Unidas, em atenção à crescente demanda do tráfico de seres humanos, elabora uma convenção internacional global aprovada como Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças no ano 2000, representando um marco fundamental para o tratamento da questão. O tráfico de pessoas ocorre tanto no âmbito internacional quanto no interno e é uma violação aos direitos humanos que precisa ser enfrentada por todos os países. O Brasil, inserido nesse contexto global, aborda tal temática desde o Código Penal Republicano, contudo, o legislador brasileiro encontrava-se omissos frente às obrigações jurídicas internacionais referentes à criminalização do tráfico de pessoas. A legislação penal brasileira precisava ser alterada com urgência. No dia seis de outubro de 2016, é promulgada a Lei nº 13.344, que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. As importantes alterações penais trazidas pela lei suscitaram modificações no Código Penal. Tais

alterações eram imprescindíveis e propiciaram a harmonização do direito interno com o direito internacional.

Palavras-chave: Regime legal do tráfico de pessoas. Lei nº 13.344/16. Alterações penais.

Sumário: Introdução. 1 Tráfico de pessoas e os instrumentos internacionais. 1.1 Os tratados internacionais ratificados pelo Brasil. 2 Tráfico de pessoas e a legislação penal brasileira. 3 As alterações penais trazidas pela Lei nº 13.344/2016. 3.1 As majorantes de pena cominada no artigo 149-A do Código Penal. 3.2 O artigo 12 da Lei nº 13.344/2016. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

O tráfico de pessoas apresenta-se como um fenômeno mundial de violação aos direitos fundamentais, apesar de estar presente desde os mais remotos períodos da História, vem ganhando, a cada dia, mais espaço na sociedade contemporânea, em grande parte, devido ao fenômeno da globalização. Organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) se ocupam da temática. Conforme estudo apresentado pela OIT, o tráfico humano, no ano de 2005, vitimou cerca de 2,4 milhões de pessoas. A maioria destinada à exploração sexual, estima-se um número de 43%; a exploração econômica abarca 32% desse contingente; e os 25 % restantes são traficadas para uma combinação dessas formas ou por razões indeterminadas (DIAS, 2005).

A estrutura cada vez mais complexa da sociedade, balizada pelo fenômeno da globalização, apresenta-nos uma realidade gritante de desigualdades e subjugações de seres humanos por

outros, é a famosa liquidez contemporânea, primorosamente definida por Zygmunt Bauman (2007), que aluz à ideia das pessoas serem descartáveis, verdadeiros lixos humanos, refugo desse processo global, muito bem aproveitado pelo tráfico de pessoas, presente em diferentes países, senão em todos, e entre países, na vertente transnacional do processo.

O tráfico de seres humanos possui um viés amplo, com diferentes propósitos, como a exploração da prostituição, e outras formas de exploração sexual, a exploração do trabalho sob condições desumanas, a mendicância forçada, o casamento forçado, o comércio ilegal de órgãos, dentre outras formas de exploração das relações humanas. As vítimas desse tipo de criminalidade não se restringem a um grupo determinado, por mais que as cifras mostrem mulheres e crianças como os principais alvos, qualquer pessoa, independentemente de gênero ou idade, está sujeita ao tráfico de pessoas.

O Brasil, inserido nesse contexto, aborda o fenômeno do tráfico de pessoas desde o Código Penal Republicano de 1890, contudo, até a edição da Lei nº 13.344, de 7 de outubro de 2016, que será objeto de estudo do presente trabalho, a lei penal brasileira se via incompleta, em descompasso com os tratados referentes ao tráfico humano ratificados pelo Brasil, em especial ao Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (BRASIL, 2004b).

A Lei nº 13.344/2016 é ampla, multidisciplinar, que trata o tráfico de pessoas como um todo, englobando toda a sua complexidade. Possui dezessete artigos divididos em seis capítulos, que tratam de princípios e diretrizes para o enfrentamento ao tráfico humano, da sua prevenção e repressão, da proteção e assistência às vítimas, das disposições processuais, das campanhas relacionadas ao enfrentamento do tráfico de pessoas, abordando tanto o aspecto interno como o internacional.

O objetivo geral do presente estudo é analisar o regime legal do tráfico de pessoas no Brasil, dando enfoque para os aspectos penais modificados pela lei em tela. Os objetivos específicos abordam três aspectos do tema; inicia-se com uma abordagem histórica dos instrumentos internacionais que tratam da matéria apontando os principais tratados ratificados pelo Brasil. Em seguida traça-se a evolução histórica da tipificação do tráfico de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando a necessidade das alterações penais trazidas pela nova lei. Por fim, examinam-se as alterações penais trazidas pela Lei nº 13.344/2016, analisando o bem jurídico tutelado, os sujeitos ativo e passivo, o tipo objetivo, o tipo subjetivo, a consumação e a tentativa, as causas de aumento e diminuição de pena, a competência para julgar o delito, a prescrição e também a modificação referente ao livramento condicional do crime de tráfico de pessoas.

Para atingir estes objetivos, como método de abordagem, a presente pesquisa se respaldou no método dedutivo, que se

caracteriza por partir de uma situação geral e genérica para uma situação particular (MARCONI; LAKATOS, 2011). Como método de procedimento, utilizou-se a comparação, uma vez que foram realizados cotejos entre as normas introduzidas pela nova lei e os dispositivos anteriores constantes no Código Penal, nas legislações esparsas e nos instrumentos internacionais pactuados, com a finalidade de demonstrar a necessidade de analisar o regime legal do tráfico de pessoas no Brasil. Da mesma forma, o método histórico também foi bastante utilizado, já que a presente pesquisa apresenta, de modo simplificado, a evolução do tratamento normativo do crime de tráfico de pessoas. Ainda cabe destacar que, do ponto de vista dos procedimentos técnicos, utilizou-se a revisão bibliográfica, isto é, desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros, artigos científicos, periódicos, manuais; e a análise documental, elaborada a partir de material que não recebeu tratamento analítico, como documentos legislativos, tratados e convenções internacionais.

1 Tráfico de pessoas e os instrumentos internacionais

Os primeiros documentos internacionais que trataram da temática do tráfico de pessoas tinham a perspectiva do tráfico negreiro, que movimentava e alimentava a estrutura escravocrata da época. Um dos principais instrumentos internacionais que marcou esse período foi o Tratado de Paris, assinado em 1814, que, em um de seus artigos, versava sobre a abolição gradual do comércio de escravos (CASTILHO, [2011?]). Documentos anexos ao Ato Final do Tratado de Paris, inclusive, já declaravam

o tráfico de negros como repugnante aos princípios da humanidade e da moral universal (PORTUGAL, [2014?]).

Para além da preocupação com o tráfico de negros para a exploração laboral, o comércio internacional de mulheres brancas para prostituição, destacadamente de europeias oriundas do leste europeu (CASTILHO, [2011?]), também passou a despertar o interesse da sociedade no final do século XIX, início do século XX. Um dos primeiros países a tipificar tal conduta foi a Inglaterra em 1885, por meio do *Criminal Law Amendment Act* (PRADO, 2010, p. 658).

Diversos organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), e, anteriormente a ela, a Liga das Nações, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização dos Estados Americanos (OEA), a União Europeia (EU), e o Mercado Comum do Sul (MERCUSUL), produziram inúmeros documentos sobre o tráfico de pessoas e matérias afins. Cuida-se, portanto, de temática bastante presente na sociedade contemporânea, que se apresenta de forma multidisciplinar e complexa, exigindo uma abordagem global de cooperação entre as nações.

Desse modo, por se tratar de uma questão que transcende as fronteiras das nações, vários congressos internacionais foram realizados com o escopo de abordar e aprimorar o tema, o que levou à ampliação da proteção que, a princípio, abrangia todas as mulheres, com especial atenção para crianças e adolescentes. Posteriormente, com o protocolo de *Lake Success, 1950*

(BRASIL, 1959), a proteção destinou-se a todos os seres humanos, independentemente de gênero e idade, valorizando a dignidade e o valor da pessoa como bens afetados pelo tráfico.

Atualmente as definições e diretrizes para o enfrentamento ao tráfico de pessoas constam do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças (BRASIL, 2004b), o qual amplia as noções de tráfico de pessoas, uma vez que não faz limitações quanto aos sujeitos protegidos e condena todas as formas de exploração, não apenas a exploração sexual.

Conforme estudo de Ela Wiecko V. Castilho ([2011?]), a linha histórica dos principais instrumentos internacionais, desde a Convenção de Genebra até o Protocolo de Palermo, pode ser dividida em três fases distintas: durante o contexto da Liga das Nações, no âmbito da ONU e a partir da aprovação do Protocolo de Palermo. Segundo a autora, a primeira fase se iniciou com a preocupação em relação ao tráfico de mulheres brancas destinadas à prostituição. À época, não existia uma definição para o tráfico de pessoas, o intuito dos tratados restringia-se a reprimi-lo e preveni-lo com sanções administrativas, as vítimas, por seu turno, eram estigmatizadas, uma vez que a prostituição era uma afronta à moral e à cultura da época. Em 1910, ainda dentro da primeira fase, o tráfico de pessoas ganhou um conceito e punição penal, e todas as mulheres eram passíveis de sofrerem tal crime.

A segunda fase se iniciou com a Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (*Lake Success*, 1950) e foi marcada pela ampliação dos sujeitos protegidos, qualquer pessoa poderia ser vítima do crime de tráfico, independentemente do gênero, e pela valoração da dignidade da pessoa humana. Na oportunidade, foram lançadas bases para a cooperação jurídica internacional. Mudou-se também o olhar dado às vítimas, que passaram a ser vistas como sujeitos de direitos mercedores de assistência, em que pese a prostituição ainda ser muito censurada. Em 1995, foi reconhecido o conceito de prostituição forçada, do qual se aduz que a prostituição livremente exercida não configurava violação aos direitos humanos.

A terceira fase se inicia com o Protocolo de Palermo (2000) e, como já ocorrido em fase anterior, nela as vítimas são todos os seres humanos, devendo ser tratadas como pessoas que sofreram intensos abusos, recebendo atenção especial por parte dos Estados; ademais, foram condenadas todas as formas de exploração, não se limitando apenas à sexual. Nesse contexto, ocorre uma reclassificação da prostituição, que deixa de ser uma categoria única, como inicialmente era entendida. “Hoje o gênero é a exploração sexual, sendo espécies dela o turismo sexual, prostituição infantil, prostituição forçada, escravidão sexual, casamento forçado”(CASTILHO, [2011?]).

Em suma, o tratamento normativo internacional passou por uma verdadeira evolução histórica no que se refere ao tráfico de pessoas. Inicialmente protegiam-se apenas as mulheres

brancas, depois mulheres e crianças, até chegar à conformação atual de proteção de todos os seres humanos. Outro aspecto importantíssimo dessa evolução diz respeito à finalidade do crime de tráfico, que inicialmente era, tão somente, coibir o tráfico para fins de exploração sexual e repressão à prostituição. Hodiernamente qualquer forma de exploração da pessoa humana é punível, seja ela sexual, do trabalho ou a remoção de órgãos.

1.1 Os tratados internacionais ratificados pelo Brasil

As relações entre Estados se modificaram ao longo dos anos. Durante séculos foram marcadas por relações pontuais, por Estados que primavam por sua independência, autonomia, soberania, até chegarmos à configuração atual, de Estados que não se veem mais de forma isolada, e até mesmo hermética, mas sim, como parte integrante de um mundo globalizado, que clamam pelo diálogo entre as nações, que se apresentam com necessidades cada vez mais interligadas e complexas, como o fenômeno do tráfico de pessoas.

Importante ressaltar que o diálogo com outras ordens jurídicas ocorre em todos os níveis do ordenamento jurídico, da Constituição às leis esparsas, devendo-se fazer conviver, de forma harmoniosa, ordens jurídicas diversas. Para tanto, existem diretrizes a serem observadas. No Brasil, a regra geral consiste na paridade entre tratado internacional e lei ordinária interna, já que, em sua maioria, os tratados possuem hierarquia de lei ordinária. Entretanto, existem situações em que não se aplica a

regra geral, como, por exemplo, quando a matéria dos tratados for relacionada aos direitos humanos é necessário observar o ano de sua ratificação e o seu rito de ratificação. Caso tenha sido ratificado antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e/ou não tenha sido aprovado com quórum qualificado de votação, como previsto no §3º do artigo 5º da Constituição Federal, possui, de acordo com a atual orientação do STF, hierarquia supralegal. Já os tratados em matéria de direitos humanos aprovados pelo rito qualificado estabelecido no § 3º do artigo 5º da CF terão *status* de emenda constitucional, situando-se na mesma hierarquia do direito constitucional. Assim, a análise histórica dos tratados ratificados pelo Brasil referentes ao tráfico de pessoas e às matérias afins demonstra que esses normativos possuem hierarquia supralegal.

Preliminarmente, dentre os documentos internacionais, destaca-se o Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas ratificado pelo governo brasileiro através do Decreto nº 5.591, de 13 de julho de 1905, que promoveu alterações ao Código Penal de 1890. Esse acordo configura o marco inicial da preocupação brasileira com a temática do tráfico de pessoas, que inicialmente foi norteadada por um ideal moralista e repressor, chegando a conter expressões como “animados do desejo de assegurar quer ás mulheres de maior idade, induzidas ou constringidas, quer ás de menor idade, *virgens ou não*, protecção efficaz contra o trafico criminoso conhecido sob o nome de *trafico de brancas*” (BRASIL, 1905), que demonstram a ideologia da época. É importante ressaltar que o artigo 3º do referido acordo

traz obrigações de repatriação e assistência às vítimas para os países que ratificaram o acordo.

Posteriormente, destacam-se a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, promulgada pelo Decreto nº 23.812, de 30 de janeiro 1934, e o Protocolo de Emenda da Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, ratificado pelo Decreto nº 37.176, de 15 de abril 1955. As características mais marcantes dessas convenções consistem na alteração do perfil das vítimas de tráfico, que passou a alcançar todas as mulheres e crianças de ambos os sexos, de modo que o rol de possíveis vítimas tornou-se mais amplo (BRASIL, 1934).

Ulteriormente, em 12 de junho de 1958, foi aprovada pelo Decreto-lei nº 6 a Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio e, mais tarde, promulgada pelo Decreto nº 46.981, de 8 de outubro de 1959. Nesse protocolo foram ratificadas as convenções anteriormente acordadas que tratavam de tráfico de pessoas, unificando-as e, muito além disso, configurando sua característica principal, a expansão total das possíveis vítimas, que passou a abranger a totalidade dos indivíduos independentemente de gênero e faixa etária. A Convenção também fazia imposições aos Estados que a assinaram, os quais deveriam adotar medidas de prevenção, reeducação e readaptação social das vítimas (BRASIL, 1959).

Em 20 de agosto de 1998, o Brasil promulga outra importante convenção, por meio do Decreto nº 2.740, só que

dessa vez fazendo referência unicamente à situação de traficância de menores, trata-se da Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. Esse documento tinha como objetivo a proteção dos direitos fundamentais e dos interesses superiores do menor, além da prevenção e sanção do tráfico internacional de menores, mediante a implementação de mecanismos adequados que garantiam o respeito aos seus direitos. Determinava, também, obrigações aos estados-partes, tais como: garantir a proteção do menor, instituir um sistema de cooperação jurídica que consagre a prevenção e a sanção do tráfico internacional de menores e assegurar o regresso do menor vítima do tráfico internacional ao Estado onde tem residência habitual. Por fim, nessa abordagem histórica, tem-se a Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional e o Protocolo Adicional para a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças, promulgados, respectivamente, pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, e pelo Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004.

A primeira, também conhecida como Convenção de Palermo, é fruto do aprofundamento das discussões acerca de estratégias de investigação e sancionamento dos crimes organizados transnacionais, que tanto preocupam os Estados na contemporaneidade. O seu objetivo principal consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional e, para isso, busca unificar os instrumentos adequados ao combate da criminalidade organizada, padronizando conceitos, como o de

organização criminosa, bem como determinando a tipificação de certas condutas (BRASIL, 2004a).

A Convenção em tela traz em seu artigo 37 a possibilidade de complementação por meio de protocolos e a necessidade de interpretação conjunta. Essa previsibilidade exclui a possibilidade de existirem protocolos díspares, uma vez que a vinculação de um Estado ou organização a eventual protocolo adicional dependerá de prévia ratificação da Convenção, evitando incongruências entre as normas.

Nesse sentido, o Protocolo Adicional para a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças deverá ser interpretado conjuntamente com a Convenção de Palermo. O Protocolo Adicional aborda o tráfico de pessoas apenas na vertente de manifestação de criminalidade organizada transnacional que envolve grupos criminosos organizados, contudo, não nega a existência do tráfico interno de pessoas, apenas não trabalha com essa vertente, deixando-a a cargo da regulamentação interna de cada Estado.

O artigo 3º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças (BRASIL, 2004b) traz a definição de tráfico de pessoas aceita atualmente pelos organismos internacionais, qual seja:

Artigo 3

Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de *pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração*. A exploração *inclui*, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; [...] (BRASIL, 2004b, grifo nosso).

Um dos aspectos mais relevantes dessa definição diz respeito à sua amplitude de sujeitos, meios e finalidades. Em relação aos sujeitos passivos do crime, não há qualquer restrição etária ou de gênero, ainda que o Protocolo privilegie o tráfico relativo a mulheres e crianças, incide para qualquer pessoa. Quanto aos meios, a definição abarca as diferentes possibilidades de se recrutar, transportar, transferir, alojar ou acolher a vítima, podendo fazê-lo utilizando tanto a força física como circunstâncias de abuso de poder ou situações de vulnerabilidade. Concernente às finalidades de exploração, a técnica escolhida foi a enumeração exemplificativa, possibilitando abranger formas de exploração não expressas no texto do artigo 3º do referido protocolo; assim, as finalidades são infinitas, indo muito além das demonstradas no dispositivo.

Além disso, faz-se mister destacar os objetivos do aludido Protocolo: prevenir e combater o tráfico de pessoas, prestando atenção especial às mulheres e às crianças, como já mencionado anteriormente; proteger e ajudar as vítimas do tráfico, observando

os direitos humanos; promover a cooperação entre os estados-partes com escopo de atingir esses objetivos, já que trata-se de criminalidade transnacional. A temática da prevenção, da assistência e da proteção das vítimas é de fundamental importância para romper com o círculo vicioso do qual o tráfico se alimenta, ou seja, os quadros de vulnerabilidade social gritante em que se encontram a maioria das vítimas do tráfico.

Importante ressaltar o caráter de obrigatoriedade de criminalização das referidas condutas, como observado no artigo 5º do Protocolo:

Artigo 5

Criminalização

1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que considere necessárias de forma a estabelecer como infrações penais os atos descritos no Artigo 3 do presente Protocolo, quando tenham sido praticados intencionalmente.

2. Cada Estado Parte adotará igualmente as medidas legislativas e outras que considere necessárias para estabelecer como infrações penais:

a) Sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a tentativa de cometer uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo;

b) A participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo; e

c) Organizar a prática de uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo ou dar instruções a outras pessoas para que a pratiquem. (BRASIL, 2004b).

O Guia Legislativo para a Implementação do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Criança,

elaborado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime - *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC), cujo um dos intuitos é o de prestar auxílio aos estados membros para a implementação do Protocolo, fornecendo informações úteis e práticas para o processo de elaboração de medidas legislativa, ressalta que a definição de crime no direito interno deve abordar todos os aspectos especificados pelo Protocolo enquadrando-os como infrações de natureza penal, como norma mínima aos Estados signatários (NAÇÕES UNIDAS, 2003).

Dado que a Convenção de Palermo e o Protocolo Adicional à Convenção determinam conceitos a serem adotados pelos estados-partes, como o de organização criminosa e o de tráfico de pessoas, além de outras terminologias, da mesma maneira que traz condutas a serem tipificadas, trata-se, portanto, de institutos afetos ao Direito Penal internacional. Entende-se por Direito Penal internacional o ramo do direito que trata das normas internacionais penais que impactam a internacionalidade territorial necessitando de uma interação jurídica entre os Estados em matéria penal (RAMOS, 2012, p. 267).

Uma vez assinados e ratificados pelos Estados, os tratados têm seu conteúdo inserido no âmbito dos direitos internos. Dessa forma, não por mera cortesia ou conveniência, mas em decorrência de obrigação jurídica internacional, deve o Brasil aplicar internamente, inserindo em seu ordenamento, as normas contidas nos tratados dos quais participa (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 249).

2 Tráfico de pessoas e a legislação penal brasileira

A legislação penal brasileira, até a edição da Lei nº 13.343 de 2016, possuía dispositivos esparsos que criminalizavam algumas das condutas previstas no Protocolo de Palermo, contudo, não havia concatenação entre eles e, para algumas modalidades, estava, até mesmo, em desacordo com o referido Protocolo. Nesse ponto, vale tecer algumas considerações acerca da evolução histórica da tipificação do tráfico de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Penal Republicano de 1890 foi o primeiro a tratar do tráfico de pessoas (PRADO, 2010, p. 658) em seu Título VIII - Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor, Capítulo III – Do Lenocínio, que, até então, restringia-se ao tráfico de mulheres para fim de prostituição e, praticamente criminalizava as vítimas, como se pode inferir da redação do artigo 278, do referido diploma:

Art. 278. Induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constringendo-as por intimidações ou ameaças, *a empregarem-se no tratico da prostituição*; prestar-lhes, por conta propria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, assistencia, habitação e auxilios para auferir, directa ou indirectamente, lucros desta especulação:

Penas - de prisão cellullar por um a dous annos e multa de 500\$ a 1:000\$000. (BRASIL, 1890, grifo nosso).

Na redação original do Código Penal de 1940, cuja parte especial continua em vigor, o crime em questão encontrava-se disposto no *Título VI - Dos crimes contra os costumes, Capítulo V - do lenocínio e do tráfico de mulheres*, o *nomen juris* do crime

de tráfico era “tráfico de mulheres”, o que limitava a abrangência do sujeito passivo que, obrigatoriamente, deveria ser pessoa do sexo feminino, além de se destinar exclusivamente à prostituição.

Tráfico de mulheres

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha *exercer a prostituição*, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

§ 1º Se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo 1º do art. 227:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos.

§ 2º Se ha emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de cinco a doze anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa de cinco contos a dez contos de réis. (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Cabe ressaltar que tanto o Código Penal de 1890 como o Código Penal de 1940 tutelavam, antes de tudo, a moralidade sexual, o que fica evidente pelos títulos penais cujos crimes retratavam, em determinado momento histórico, a visão da sociedade, seus valores e costumes. Em primeiro plano, o bem jurídico tutelado pelo Código Republicano era a honra, assegurando a honestidade sexual das famílias. Já o Código Penal 1940 tutelava os bons costumes, ficando a liberdade sexual em segundo plano.

Guilherme de Souza Nucci (2014) faz uma análise do tratamento da moral e da ética pelo Direito, vejamos:

Entretanto, jamais se pode pautar o Direito exclusivamente pelas regras morais e éticas, por várias razões: (a) a moral e a ética variam em velocidade imponderável; algumas regras morais se arrastam por décadas, tipicamente sustentadas por movimentos

conservadores predominantes em determinada época; outras se alteram celeremente, acompanhando a camada mais jovem da sociedade, por fatores diversos, nem sempre racionalmente explicáveis; o direito não pode ser flutuante em demasia, nem rígido por excesso; (b) a moral sofre grande influência da religião, por vezes confundindo-se preceitos religiosos com regras morais, situação a ser evitada no contexto de direito laico; (c) a ética é um estudo científico de regras morais, provocando reflexões nem sempre interessantes ao campo do direito, tornando-se relevante somente a disciplinar determinadas profissões ou categorias laborativas; (d) não se pode olvidar o falso moralismo, regado por ditames inconsequentes e frutos do conservadorismo de parcela mínima da sociedade; diante disso, o direito não deve absorver nenhuma dessas regras; (e) a onda do politicamente correto pode inflacionar o cenário da ética, pretendendo atingir um mundo perfeito, inadequado para a própria natureza humana, que é falha e em constante evolução; o direito, retirando suas bases desse ambiente, é capaz de construir um corpo de normas ineficientes, pois distante da realidade; (f) determinadas regras morais jamais devem ingressar no universo jurídico, pois permeiam critérios de intimidade e da vida privada dos indivíduos, bens constitucionalmente tutelados e protegidos; vide o exemplo supra da orgia, que pode ser moralmente censurada, mas se dá no âmbito da vida privada, tão relevante como qualquer outro direito individual. (NUCCI, 2014, p. 39-40).

A discussão acerca do conceito de bem jurídico no Direito Penal é longa, contudo, no que se refere à tutela da moral, da religião e dos valores ideológicos, a doutrina converge para a intervenção mínima do Direito Penal, tutelando apenas os bens jurídicos mais relevantes. Claus Roxin (2007, p. 452 apud BECHARA, 2009, p. 25) sustenta que a mera ilicitude moral não basta para justificar uma disposição penal, assim, evitar condutas meramente imorais não constitui tarefa do Direito Penal, exigindo-se a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. No mesmo sentido,

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2015, p. 418) asseveram que: “Sob nenhum ponto de vista a moral em sentido estrito pode ser considerada um bem jurídico”. Segundo Figueiredo Dias (2007, p. 112), “não é função do direito penal nem primária nem secundária tutelar a virtude ou a moral: quer se trate da moral estadualmente imposta, da moral dominante, ou da moral específica de um grupo social”.

Com efeito, conclui-se que uma concepção material de crime pautada unicamente na perspectiva moral e ética da sociedade se mostra totalmente inapropriada, frágil e incapaz de abarcar as reais necessidades da sociedade democrática e plural que temos hoje; deve haver um equilíbrio entre estes institutos – moral, ética e direito.

A Constituição Federal de 1988 – marco histórico no ordenamento jurídico pátrio, com a ideia de Estado Democrático de Direito – institucionalizou os direitos e garantias fundamentais, situando-se no ápice do ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, ao instituir as estruturas básicas da ordem jurídica, a Carta Maior promoveu verdadeira mudança de paradigmas interpretativos, fornecendo diretrizes para os órgãos dos diferentes Poderes. Nesse sentido, para definir o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, o legislador ordinário deve observar as diretrizes e os valores constitucionais consagrados, atendendo ao caráter limitativo de tal tutela.

Nesse aspecto, leciona André Copetti (2000):

É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos constitucionais de nossa sociedade. (COPETTI, 2000, p. 137-138).

Não obstante isso, o Código Penal de 1940 encontrava-se em descompasso com os preceitos e garantias fundamentais. Muitas leis infraconstitucionais surgiram, desde então, com o fito de ampliar os valores sociais e democráticos e atualizar o Código Penal, conferindo-lhe uma roupagem mais condizente com esses novos preceitos. Outra importante mudança materializada pela Constituição de 1988 diz respeito ao plano das relações internacionais, uma vez que prestigia normas internacionais destinadas à proteção dos direitos fundamentais, apresentando uma maior possibilidade de concretização de sua eficácia normativa, numa concepção que aproxima o Direito Internacional do Direito Constitucional (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1433).

Nesse contexto, em 2004, por meio do Decreto nº 5.017, de 12 de março, o Brasil promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, adotado em Nova York em 15 de novembro de 2000, entrando em vigor para o Brasil em 28 de fevereiro de 2004, e internacionalmente em 29 de setembro de 2003.

Após a ratificação de tal instrumento, que, como já dito, traz as definições e diretrizes, utilizadas hodiernamente, ao combate do tráfico de pessoas, e à luz das transformações trazidas pela Constituição, a legislação penal brasileira passou por algumas alterações. Primeiramente a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, altera o *nomen juris* do tipo penal para “tráfico internacional de pessoas”, bem como amplia a criminalização do tráfico de pessoas, tipificando-o em duas modalidades distintas: a) “tráfico internacional de pessoas” (art. 231) e b) “tráfico interno de pessoas” (art. 231-A), que foi acrescido pelo referido diploma legal. Nota-se, pois, importante avanço na tipificação do delito em estudo, dada a ampliação de seu alcance, uma vez que a norma passou a abranger a totalidade dos indivíduos traficados internacionalmente ou internamente, e não apenas as mulheres traficadas para o exterior, em que pese persistir o viés exclusivo do exercício da prostituição.

Em 2009, o *nomen juris* do delito inscrito no artigo 231 do Código Penal é novamente alterado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto, cuja redação legal passa a ser “tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual”. Outra importante alteração trazida pela Lei diz respeito à denominação do *Título VI - Crimes contra os costumes* para: *Dos crimes contra a dignidade sexual*. O que foi uma adequação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, bem como ao direito à liberdade. A Lei nº 12.015/2009 apresenta, dessa forma, importantes alterações no

plano dos delitos contra a dignidade sexual, passando de uma concepção pautada, primeiramente, na moral e na ética para uma concepção pautada primordialmente na dignidade e na liberdade sexual.

Anote-se que a tipificação do tráfico de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro, até o ano de 2016, restringia-se à exploração sexual das vítimas, conforme texto dos artigos 231 (tráfico internacional de pessoas) e 231-A (tráfico interno de pessoas), ambos do Código Penal, e à criminalização do tráfico internacional de criança e adolescente independentemente da finalidade – artigo 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, o tráfico de pessoas caracteriza-se por ser um fenômeno complexo, multifacetado, que abrange diversas formas de exploração, como o trabalho ou serviços forçados, a escravatura, a remoção de órgãos, a adoção ilegal, a mendicância forçada e a própria exploração sexual. A legislação penal brasileira tipifica essas condutas, mas não o fazia de forma específica para o tráfico de pessoas.

O Código Penal e a legislação esparsa criminalizam diversas formas de exploração. No artigo 3º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, por exemplo, elas são apresentadas de maneira exemplificativa. Já no Código Penal, os crimes que abordam as diferentes formas de exploração encontram-se dispersos entre os *Título I – Dos crimes*

contra a pessoa, Título IV – Dos crimes contra a organização do trabalho, Título VI – Dos crimes contra a dignidade sexual e Título VII – Dos crimes contra a família. Na legislação esparsa, há, ainda, duas leis que tratam da temática: a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, referente a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Essa disseminação ocorre por se tratar de matérias variadas e porque não existia tipificação criminal do tráfico para essas formas de exploração, salvo a sexual, o que impossibilitava a reunião em um mesmo tipo penal. Alguns exemplos de crimes que tratam das diferentes formas de exploração abordadas pelo protocolo são: art. 149 – redução a condição análoga à de escravo, art. 197 – atentado contra a liberdade de trabalho, art. 206 – aliciamento para o fim de emigração, art. 207 – aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional, art. 228 – favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, art. 229 – manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual, art. 230 - rufianismo, art. 245 – entrega de filho menor para pessoa inidônea, todos do CP (BRASIL, 1940). Na legislação esparsa, temos como exemplo os artigos 238, 239, 240, 241, 241-A e 244-A do ECA e os artigos 14 e 15 da Lei nº 9.434/1997.

Diante disso, pode-se afirmar que a lei brasileira, por mais que tipificasse várias formas de exploração, ainda assim, era omissa no cumprimento das determinações internacionais pactuadas,

encontrava-se em desacordo com o Protocolo de Palermo por não seguir seus termos e condições, precisava, portanto, ser alterada para se conformar com o diploma internacional e melhor se adequar à realidade do tráfico de pessoas, que constitui uma violação aos direitos humanos muito além da exploração sexual da vítima, abrangendo diferentes relações humanas como a migração, o trabalho, o mercado do sexo, as propostas de casamento, as situações de desaparecimento, o mercado de órgãos e a escravatura.

3 As alterações penais trazidas pela Lei nº 13.344/2016

A novel lei revoga os artigos 231 e 231-A do Código Penal e, em seu artigo 13, cria o artigo 149-A, também do Código Penal. Removendo o tipo penal do *Título VI – dos crimes contra a dignidade sexual* -, transferindo-o para o *Capítulo IV do Título I – dos crimes contra a liberdade individual*. Assim, hoje o tráfico internacional e nacional de pessoas, com a vigência da Lei nº 13.344/2016, teve seu espectro ampliado, não se relacionando apenas com a exploração sexual, mas também com outras formas de exploração. Além do mais, passou a configurar o artigo 149-A do CP.

O artigo 149-A do Código Penal tutela a liberdade individual, todavia, seu espectro de proteção é mais amplo, englobando outros bens jurídicos, como a dignidade corporal, a dignidade sexual e o poder familiar.

O tipo penal em análise é caracterizado como crime comum para ambos os sujeitos, ou seja, não exige qualidades especiais do agente nem da vítima. O sujeito ativo, que é aquele que realiza a ação ou omissão típica nos delitos dolosos ou culposos, poderá ser qualquer pessoa que atue como “empresário ou funcionário do comércio de pessoas”, bem como o consumidor do “produto” traficado. Do mesmo modo, qualquer pessoa, independentemente de sexo ou idade, poderá figurar como sujeito passivo do crime, que é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão.

Algumas qualidades especiais dos sujeitos envolvidos caracterizam causa de aumento de pena, por exemplo, se o crime for praticado por funcionário público, a pena será aumentada de um terço até a metade. Também sofrerá esse aumento se o crime for praticado contra vítima que possua qualidade ou condição especial, tais como: ser criança, adolescente, pessoa idosa ou com deficiência.

Com relação à conduta do delito praticado temos que é um crime de conduta mista, constituído por oito verbos nucleares, agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa em situação de traficância. Cotejando tais condutas com as descritas nos artigos 231 e 231-A do CP, que tratavam do crime de tráfico nacional e transnacional de pessoas, observa-se que algumas condutas do novo tipo penal (art. 149-A do CP) abrangeram algumas das condutas descritas nos dois artigos. Dessa forma, pode-se dizer que houve aplicação da continuidade normativo-típica, o fato permanece punível e não configurou

abolitio criminis, que, segundo as palavras do doutrinador Luiz Regis Prado (2008, p. 651): “Perfaz-se a *abolitio criminis* quando lei posterior não mais tipifica como delito fato anteriormente previsto como ilícito penal. Ou seja, com o advento da lei nova a conduta perde sua característica de ilicitude penal, extinguindo-se a punibilidade” (art. 107, III, CP).

Para existir o crime de tráfico de seres humanos, é imprescindível, seguindo a linha dos tratados internacionais, que ele seja praticado mediante grave ameaça, violência, coação ou abuso, com a finalidade de: remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; submetê-la a trabalho em condições análogas às de escravo; submetê-la a qualquer tipo de servidão; adoção ilegal; ou exploração sexual. Caso não ocorra qualquer desses elementos, não se terá o crime do art. 149-A, a conduta será atípica; entretanto, na ordem normativa anterior, o emprego de violência, grave ameaça ou fraude era causa de aumento de pena, sua ocorrência não era indispensável para a caracterização do tipo penal.

Essa alteração do emprego de violência, grave ameaça ou fraude de circunstância do crime (são os dados que se agregam ao tipo fundamental, que influenciam a quantidade da pena, aumentando-a ou diminuindo-a) para elementares do crime (são os dados fundamentais de uma conduta criminosa, sem os quais ocorre atipicidade absoluta ou relativa. Será considerada absoluta se faltar uma elementar indispensável ao tipo, e relativa quando sua ausência implicar a desclassificação de uma figura

típica para outra figura típica) acarretou alteração da apreensão do consentimento do ofendido.

Antes da Lei nº 13.344/2016 no ordenamento jurídico brasileiro, o consentimento da vítima era irrelevante, não afetava o tráfico de pessoas para o fim de exploração sexual. Com a nova lei, o consentimento válido da pessoa exclui a tipicidade. Por conseguinte, deve-se analisar a validade do consentimento do ofendido diante do caso concreto, pois que, o consentimento do ofendido não deve ser considerado, não é relevante, caso tenha sido obtido com uso de ameaça, força, abuso de autoridade ou outras formas de coação; se o ofendido aprovou seu comércio quando vulnerável ou se o ofendido concordou com o tráfico mediante contraprestação, como determina o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em seu artigo 3º, alíneas “a” e “b”, a saber:

Artigo 3

Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a); [...]. (BRASIL, 2004b).

O Brasil, seguindo exatamente o Protocolo das Nações Unidas contra o crime Organizado, passou a entender que o consentimento válido do ofendido exclui o crime, ou seja, é causa de excludente de tipicidade. Entretanto, por serem causas abrangentes e habituais à prática delitiva, será difícil, no caso concreto, caracterizar um consentimento válido do ofendido.

Já no que se refere à tipicidade subjetiva, o delito do artigo 149-A é punido a título de dolo, vontade livre e consciente de praticar qualquer um dos oito núcleos do tipo, sendo imprescindível a finalidade especial no *animus* do traficante, que são:

- a) *remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo da pessoa traficada*. Essa finalidade encontra-se disciplinada pela Lei nº 9.434/1997;
- b) *submetê-la a trabalho em condições análogas às de escravo*. Essa finalidade remete-se ao delito do artigo 149 do Código Penal e a partir da Lei nº 10.803/2003 foram enumerados taxativamente quais comportamentos caracterizam o crime;
- c) *submetê-la a qualquer tipo de servidão*. A servidão não possui correspondente específico tipificado na legislação penal brasileira; contudo, ao comparar a definição de servidão apresentada pela Convenção Suplementar sobre

a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura com o artigo 149 do Código Penal brasileiro observa-se que as hipóteses de servidão estão contidas no contexto da redução à condição análoga à de escravo;

d) *para fins de adoção ilegal*. O Estatuto da Criança e do Adolescente, alterado pela Lei nº12.010/2009, estabelece regras para a adoção de menores; contudo, a finalidade de adoção ilegal não se restringe a caso de menores, podendo ocorrer também com maiores de idade. Essa tipificação dependerá do caso concreto;

e) *mediante exploração sexual*. Segundo estudos da pesquisadora Eva Faleiros (2000), existem quatro modalidades de exploração sexual:

- a prostituição (no Brasil não se pune o exercício e sim quem se favorece dele – artigos 218-B, 228 e 230 do Código Penal);
- turismo sexual (comércio sexual em cidades turísticas);
- pornografia (a legislação brasileira incrimina a pornografia de crianças e adolescentes, disciplinada pelo ECA);
- tráfico para fins sexuais (movimento ilícito de pessoas através de fronteiras nacionais com finalidade de exploração sexual).

A consumação do delito ocorre mediante a realização de qualquer um dos oito núcleos do tipo, não é necessário que a finalidade do agente, no cometimento do crime, chegue a se

concretizar, ou seja, o crime se consuma independentemente da retirada de órgãos, ou de o agente submeter a vítima à condição de escravo, à adoção ilegal e à exploração sexual. Trata-se de delito de mera atividade.

Contudo, caso qualquer finalidade especial do agente chegue a se concretizar, poderão ficar caracterizadas figuras penais independentes. Não ocorrendo a absorção de uma figura penal por outra, mas sim o concurso material de crimes. Em outras palavras, o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, que podem ser idênticos entre si ou não. Por exemplo, o agente trafica a pessoa e lhe retira alguma parte do corpo de forma ilegal, ocorrerá o concurso material de crimes do artigo 149-A do CP, que trata do tráfico de pessoas, e do artigo 14 da Lei nº 9.434/1997, que trata da remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo.

Dentre os núcleos do tipo, alguns são típicos de delitos permanentes, como é o caso do transporte, transferência, acolhimento e alojamento, isto é, protraem-se no tempo, admitindo o flagrante a qualquer tempo.

A figura da tentativa, ou seja, iniciada a execução, o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, é perfeitamente possível nessa modalidade criminosa.

No que tange à causa de aumento de pena, tem-se que essa é aumentada de um terço até a metade se o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; se o crime for cometido contra criança,

adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; se o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou se a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional (art.149-A, §1º, I a IV, CP). Nesse momento, faz-se mister uma pequena digressão sobre o tema para melhor compreensão das majorantes.

3.1 As majorantes de pena cominada no artigo 149-A do Código Penal

3.1.1 Crime cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las

A definição de funcionário público para efeitos penais consta do artigo 327 do CP, o qual preceitua que funcionário público é aquele ocupante de um cargo, mas também aquele que exerce emprego ou função pública, mesmo que de forma transitória e sem remuneração. O referido artigo traz, ainda, em seu parágrafo primeiro, a figura do funcionário público por equiparação, que é o agente que exerce cargo, emprego ou função em entidades paraestatais.

A parte final do inciso I traz as expressões “no exercício de suas funções” e “a pretexto de exercê-las”, dessa forma, incidirá tanto para o funcionário público que utilize sua função para praticar o crime quanto para o que se vale da sua função para a prática delitiva.

3.1.2 Crime cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Pessoa com Deficiência trazem, respectivamente, as definições de criança e adolescente, idoso e deficiente. Segundo o artigo 2º do ECA, considera-se criança pessoa com até doze anos de idade incompletos, e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade. O Estatuto do Idoso, em seu artigo primeiro, define idoso como pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. E o Estatuto da Pessoa com Deficiência, no artigo 2º, define deficiente como aquela pessoa que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Nesses casos, a qualidade da vítima diminui uma efetiva ação à conduta delitiva, além de ser uma ação de maior periculosidade.

3.1.3 Agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função

As relações de parentesco podem ser natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem; as relações domésticas são aquelas entre os membros de uma mesma família, frequentadores habituais da casa, amigos, empregados domésticos; a coabitação é um estado de fato, pelo qual duas ou

mais pessoas convivem no mesmo lugar, ainda que não possuam qualquer vínculo de amizade ou intimidade; a hospitalidade é a coabitação temporária, mediante consentimento tácito ou expresso do hospedeiro. O fundamento desse aumento de pena reside na maior influência e proximidade que o agente tem em relação à vítima e, conseqüentemente, na menor capacidade de resistência desta.

No que se refere à dependência econômica, o sujeito ativo possui meios reais e financeiros de garantir a subsistência da vítima, sua manutenção, seu sustento, no todo ou em parte, e se aproveita dessa condição para praticar o crime de tráfico.

Em relação às duas últimas hipóteses de aumento de pena do inciso III, “autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função”, recorremos a análise do crime de assédio sexual, art. 216-A, dado que possui as mesmas figuras, com ressalva à “autoridade” que é usada no lugar de “ascendência”. A esse respeito, confira-se o posicionamento de Cezar Roberto Bitencourt:

A relação *superior-subalterno* pode existir na seara pública e na seara privada. Na *relação hierárquica* há uma escala demarcando posições, graus ou postos ordenados configuradores de uma carreira funcional. Na *ascendência*, contrariamente, não existe essa *organização funcional*, mas tão somente uma situação de influência ou respeitoso domínio, podendo atingir, inclusive, o nível de temor reverencial. Nesse sentido, discordamos do entendimento esposado por Guilherme Nucci, segundo o qual, a *superioridade hierárquica* retrata uma relação laboral no âmbito público, enquanto a *ascendência* reflete a mesma relação, porém, no âmbito privado, ambas *inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função*. (BITENCOURT, 2016, p. 88, grifo nosso).

Em suma, nessas condições, o sujeito ativo, em geral, possui uma relação de domínio, de influência em relação ao sujeito passivo, o que lhe dificulta uma efetiva reação à ação criminosa.

3.1.4 Vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional

A última majorante de pena do artigo 149-A do CP traz a figura do tráfico internacional de pessoas que, anteriormente à Lei nº 13.344/2016, era tratado de forma independente, com tipificação própria (art. 231 do CP), em relação ao tráfico interno de pessoas (art. 231-A do CP).

Nessa hipótese, observa-se uma falha do legislador, já que a conduta punida com o aumento de pena se dá apenas em relação à retirada de vítimas do território nacional, a sua “exportação”. O mesmo aumento de pena, pelo disposto no ordenamento, não incide quando a conduta for a entrada de vítimas no território nacional, sua “importação”. Entretanto, mesmo que o legislador não tenha conferido um tratamento isonômico a essas duas situações, a “importação” de pessoas deverá continuar sendo tratada como tráfico transnacional, pois ultrapassa as barreiras nacionais, permanecendo a competência da Justiça federal.

Desta feita, leciona Renato Brasileiro de Lima (2016) sobre a competência da Justiça federal para o crime de tráfico transnacional de pessoas:

Com a Convenção das Nações Unidas destinada à repressão do tráfico de pessoas e do lenocínio e o protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado

Transnacional relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, não delimitam “pessoas” tão somente como mulheres e crianças, acreditamos que o delito previsto no art. 231 do Código Penal será de competência da Justiça Federal, independentemente de a pessoa objeto material do delito ser homem, mulher ou criança. Logo, tratando-se de crime previsto em tratado ou convenção internacional, e presente o requisito da internacionalidade territorial do resultado em relação à conduta delituosa, há de se concluir pela competência da Justiça Federal para processar e julgar o delito em questão. (LIMA, 2016, p. 445).

Já no que se refere à causa de diminuição de pena, temos que ela é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa. Os requisitos da primariedade e de não integrar organização criminosa são cumulativos.

Em consonância com os artigos 63 e 64 do Código Penal, o agente deverá ser considerado primário quando jamais tiver cometido um delito, quando não possuir sentença condenatória transitada em julgado ao tempo do cometimento do novo crime ou, caso condenado por crime anterior, não prevalecerá a condenação, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Organização criminosa, por sua vez, é definida pelo parágrafo 1º do artigo 1º da Lei nº 12.850/2013 como a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de

qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. Desta maneira, para configurar crime de organização criminosa são necessários requisitos claramente dispostos na Lei nº 12.850/2013, o que o diferencia das figuras da associação criminosa e do concurso de pessoas, resguardando-o de uma banalização.

A essência desse crime está na vontade dos agentes se organizarem de forma estruturada, com hierarquia estável e harmônica, distribuição de funções e obrigações claras entre os integrantes da organização criminosa, e o intuito especial de obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes graves (pena superior a quatro anos).

Caso o agente possua tais requisitos, o magistrado deverá aplicar a minorante do §2º do art. 149-A do CP, o legislador não conferiu discricionariedade nessa fase. A órbita discricionária do juiz gira em torno da aplicação do *quantum* da redução de pena, entre seu mínimo e máximo, de um terço a dois terços. No entanto, o legislador não apontou o caminho para o juiz motivar essa redução, isto é, os critérios que devem ser utilizados para justificar a redução entre o mínimo (1/3) e o máximo (2/3).

Para Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2016, p. 155), o fator de análise empregado pelo juiz na redução de pena poderia ser o grau e o tempo de submissão da vítima, bem como a maior ou menor colaboração do agente na apuração do crime e a libertação do ofendido.

A pena prevista para o crime de tráfico de pessoas é de quatro a oito anos de reclusão e multa. Esta é aumentada de um terço até a metade nas hipóteses previstas no art. 149-A, §1º, I a IV, do Código Penal, e poderá ser reduzida de um a dois terços, conforme §2º do referido artigo.

A ação penal do crime previsto no artigo 149-A é pública incondicionada, já a competência para processo e julgamento do tráfico de seres humanos é da Justiça estadual, exceto se tiver caráter transnacional – “importação” e “exportação” de seres humanos para o tráfico – caso em que a competência será da Justiça federal.

No que concerne à prescrição, observa-se o artigo 111 do Código Penal:

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

I - do dia em que o crime se consumou; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal. (Redação dada pela Lei nº 12.650, de 2012). (BRASIL, 1940).

Os crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, mesmo que o tipo penal tráfico de pessoas não esteja mais situado no Título VI do CP – Crimes contra a dignidade sexual – deve receber o tratamento diferenciado quanto à prescrição proposta no art. 111, V, do CP, uma vez que um dos bens jurídicos tutelados pelo art. 149-A do CP continua sendo a dignidade sexual, não existindo razão para não incidir o inciso V do referido artigo.

3.2 O artigo 12 da Lei nº 13.344/2016

Outro aspecto penal que foi modificado pela Lei nº 13.344/2016 se refere ao livramento condicional do condenado por tráfico de pessoas.

O livramento condicional é uma política criminal que consiste na liberação do apenado após o cumprimento de parte da pena imposta, desde que observados os requisitos de ordem subjetiva e objetiva e sob condições previamente estipuladas. É a última etapa do cumprimento da pena proposta, assumindo uma função importante na reintegração do apenado à sociedade, visto que o condenado cumprirá parte de sua pena em liberdade. Sua concessão não é automática, apesar de ser direito do condenado e não uma faculdade do julgador, poderá ser feita pelo juiz da execução penal, sempre de forma motivada, caso presentes os pressupostos determinados e com manifestação prévia do Ministério Público.

O artigo 12 da Lei nº 13.344 introduz o crime de tráfico de pessoas em uma das hipóteses do livramento condicional. A novel Lei dispõe que:

Art. 12. O inciso V do art. 83 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 83.

[...]

V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, *tráfico de pessoas* e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza [...]” (NR). (BRASIL, 2016, grifo nosso).

O inciso V do artigo 83, que trata do livramento condicional, faz referência aos crimes hediondos e aos equiparados a eles. Vale dizer que não há um critério jurídico-doutrinário para se conceituar crime hediondo, trata-se de parâmetro puramente legal, o legislador, na Lei nº 8.072/1990, elencou crimes que entendeu merecer maior reprovação por parte do Estado. Por sua vez, os crimes equiparados a hediondo constam do artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, quais sejam: tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo.

Com efeito, o crime de tráfico de pessoas não consta do rol taxativo da Lei nº 8.072/90 e muito menos da Constituição Federal. Contudo, mesmo não sendo crime hediondo ou equiparado, o legislador entendeu por bem aplicar o mesmo requisito destinado aos crimes hediondos e equiparados no que se refere ao livramento condicional.

Assim, o livramento condicional deverá seguir o rigor da Lei nº 8.072/90, que introduziu o inciso V ao artigo 83 do Código Penal. Isto é, o condenado pelo crime de tráfico de pessoas só gozará do benefício do instituto em tela depois de cumpridos mais de dois terços da pena, desde que não seja reincidente específico em crimes dessa natureza.

Conclusão

O tráfico de pessoas é um fenômeno recorrente na história da humanidade, contudo, só despertou interesse da sociedade no século XIX. Iniciou-se com o tráfico negreiro e, posteriormente, havia o tráfico de mulheres brancas para prostituição, oriundas principalmente do leste europeu. Da análise perfunctória dos tratados e convenções que existem desde então, observou-se uma verdadeira revolução na forma de tratar o tráfico de pessoas. Inicialmente, as vítimas se limitavam a grupos determinados, notadamente mulheres brancas e, mais tarde, mulheres e crianças. Apenas em 1950, com a aprovação da Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, os diplomas internacionais passaram a resguardar todo ser humano.

Conforme se depreende do presente artigo, a repressão e a prevenção do tráfico para exploração da prostituição, a princípio, limitavam-se a sanções meramente administrativas. Apenas em 1910, com o advento da Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, que a conduta passou a ser criminalizada. Ademais, em 2000, com a edição do

Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, estendeu-se a repressão do tráfico para todas as formas de exploração da pessoa humana, tais como: as condições abusivas de trabalho, a servidão doméstica, a mendicância forçada e a doação involuntária de órgãos, não se restringindo mais à finalidade de prostituição ou de outras formas de exploração sexual.

O tratamento conferido às vítimas também passou por importantes alterações. Inicialmente, os tratados se referiam a elas de forma obscura, imputando-lhes o *status* de criminosas, diversamente dos dias de hoje, em que são tratadas como pessoas que sofreram inúmeros e graves abusos, motivo pelo qual necessitam de cuidados especiais por parte do Estado, a quem compete implementar mecanismos de assistência e proteção.

O Brasil assinou e ratificou inúmeros tratados internacionais que tratam da temática em estudo, o que levou o conteúdo desses tratados a ser inserido no direito interno, e em decorrência disso, a obrigação de harmonizar a legislação interna com a legislação internacional. Entretanto, a legislação penal brasileira não conseguiu acompanhar as mudanças implementadas pelos diferentes instrumentos internacionais ratificados, em especial o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, o mais recente tratado ratificado em relação ao tema e que trouxe expressivas alterações ao tratamento do tráfico de pessoas em escala global.

Sob essa intelecção, mesmo o Brasil tendo ratificado o aludido Protocolo e assumido compromissos no combate ao tráfico humano, a legislação penal interna era incompleta, na medida em que não tipificava criminalmente o tráfico de pessoas para inúmeras condutas elencadas pelo Protocolo. Como restou demonstrado, o enfoque dado pela legislação ao tráfico de pessoas restringia-se à exploração sexual e à prostituição, não abarcando as demais figuras repudiadas no âmbito internacional. Consoante dito anteriormente, o Protocolo adota uma disposição aberta que engloba todas as formas de exploração da condição humana possíveis, enquanto que o ordenamento penal brasileiro priorizava a tutela da exploração sexual e, até então, socorria-se dos tipos penais genéricos e da legislação esparsa para criminalizar tais condutas.

Assim, o Brasil encontrava-se em falta com os compromissos internacionais firmados, necessitando com urgência de aperfeiçoamento legislativo, o que só ocorreu em 2016, isto é, doze anos após a ratificação do Protocolo de Palermo. A Lei nº 13.344/2016, para além de trazer a tipificação da conduta criminosa, nos moldes dos tratados internacionais, dispôs sobre a prevenção e a repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas, descrevendo princípios, diretrizes e campanhas relacionadas ao enfrentamento do delito, bem como medidas de proteção e assistência às vítimas. Portanto, deduz-se do próprio conteúdo da norma seu caráter estatutário.

Reportada lei trouxe importantes e precisas alterações penais que conformam o ordenamento penal brasileiro às convenções internacionais. Primeiramente, transferiu-se o delito do Título “Dos crimes contra a dignidade sexual” para o Título “Dos crimes contra a pessoa”, dentro da Seção “Dos crimes contra a liberdade pessoal”, o que corrobora as disposições internacionais que tutelam qualquer exploração à pessoa, não se restringindo à exploração sexual. Ademais, reuniu-se no mesmo dispositivo tráfico interno e internacional, com este passando a ser causa de aumento de pena.

Seguindo a linha dos tratados internacionais, tornou-se imprescindível a presença das elementares: grave ameaça, violência, coação ou abuso para a perfeita configuração do crime de tráfico de pessoas, previsto no art. 149-A do CP. Além disso, o Brasil, em consonância com o posicionamento prevalecente na órbita internacional, considerou o consentimento válido como causa de excludente de tipicidade. Por derradeiro, outra importante alteração diz respeito à aplicação das regras estabelecidas na Lei nº 8.072/1990, no que concerne ao livramento condicional, em que pese tal conduta não se enquadrar como crime hediondo ou a ele equiparado.

Ante o exposto, ponderando acertos e equívocos, é inegável que a Lei nº 13.344/2016 representou um grande avanço no combate ao tráfico interno e internacional de pessoas, respeitando, sobremaneira, o compromisso assumido pelo Brasil na órbita internacional. Na esteira desse raciocínio, a mudança legislativa,

para além de estabelecer efetivos mecanismos de prevenção e repressão do crime e medidas de proteção e assistência às vítimas, tornou-se um importante marco jurídico na luta contra o tráfico de pessoas, bem como representou notável progresso perante a comunidade internacional.

Title: The legal regime of trafficking in persons in Brazil: an analysis of the reasons for criminal intervention in the light of international regulations

Abstract: This article deals with the legal regime of trafficking in persons in Brazil, analyzing the reasons for criminal intervention in light of international regulations. For the development of this work, bibliographical research and documentary analysis of the international documents and the laws that preceded the Law no. 13.344/16 will be used. This time, trafficking in persons is a complex and worldwide phenomenon that is plaguing society, and is increasingly gaining ground in the contemporary world. Many treaties and conventions have been ratified by different states in an attempt to contain this growing phenomenon. The United Nations Organization, in response to the growing demand for trafficking in human beings, draws up a comprehensive international convention adopted as an Additional Protocol to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime Concerning the Prevention, Suppression and Punishment of Trafficking in Persons, especially Women and Children, in the year 2000, representing a fundamental landmark for the treatment of the issue. Trafficking in persons occurs both internationally and domestically and is a violation of human rights that must be faced by all countries. Brazil, inserted in this global context, has addressed such issue since the Republican Penal Code, however, the Brazilian legislator had been neglectful in the face of international legal obligations regarding the criminalization of trafficking in persons. Brazilian criminal law needed to be changed urgently. On October 6 2016, the Law no. 13.344 was passed, which has provisions for the prevention and repression of internal and international trafficking in per-

sons and measures for the care of victims. The important legal changes brought by the law are found in articles 12 and 13, and led to alterations in the Criminal Code. Such amendments were essential and provided the harmonization of domestic law with international law.

Keywords: Legal regime of trafficking in persons. Law no. 13.344/16. Criminal amendments.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas líquidas*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista liberdades*, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/1/artigo1.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: volume 4, parte especial – crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fê pública. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

BRASIL. Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998. Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 ago. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

BRASIL. Decreto nº 23.812, de 30 de janeiro de 1934. Promulga a Convenção para repressão do tráfico de mulheres e crianças, firmada em Genebra, a 30 de setembro de 1921. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, Seção 1, 6 fev. 1934. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23812-30-janeiro-1934-532552-publicacaooriginal-14795-pe.html>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

BRASIL. Decreto nº 46.981, de 8 de outubro de 1959. Promulga, com o respectivo Protocolo Final, a Convenção para a repressão do tráfico de pessoas e do lenocínio, concluída em Lake Success Nova York, em 21 de março de 1950, e assinada pelo Brasil em 5 de outubro de 1951. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, Seção 1, 13 out. 1959. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-46981-8-outubro-1959-386048-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

BRASIL. Decreto nº 5.591, de 13 de julho de 1905. Promulga a adesão do Brasil ao Acordo concluído em Paris entre várias Potências em 18 de maio de 1904, para a repressão do tráfico de mulheres brancas. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 19 jul. 1905. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-5591-13-julho-1905-549054-publicacaooriginal-64363-pe.html>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. *Coleção de Leis do Brasil - 1890*, Rio de Janeiro, RJ, 11 out. 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434compilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código

Penal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei

nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 out. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

CASTILHO, Ela Weicko V. de. *A legislação penal brasileira sobre o tráfico de pessoas e imigração ilegal/irregular frente aos Protocolos Adicionais à Convenção de Palermo*. Texto apresentado no I Seminário Luso Brasileiro sobre tráfico de pessoas e imigração ilegal, Cascais (Portugal), 2006. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/seminario_cascais.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017.

CASTILHO, Ela Weicko V. de. *Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo*. Brasília: MPF, [2011?]. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2017.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Tráfico de pessoas – Lei 13.344/2016 comentada por artigos*. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIAS, Claudia Sérvulo da Cunha (Coord.). *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual*. Brasília: OIT, 2005. 80 p.
Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/NETP/trafico%20de%20pessoas%20para%20fins%20de%20exploracao%20sexual.pdf>>.
Acesso em: 6 mar. 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FALEIROS, Eva T. Silveira. *Repensando os conceitos de violência, abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes*. Brasília: Thesaurus, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

NAÇÕES UNIDAS. Centro para a Prevenção Internacional do Crime. *Guia Legislativo para a Implementação do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial*

Mulheres e Crianças. Lisboa: GRIEC, 2003. 54 p. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/GuiaProtMulheres.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PORTUGAL. Ministério dos Negócios Estrangeiros. Instituto Diplomático. *Congresso de Viena*. [2014?]. Disponível em: <<https://idi.mne.pt/pt/relacoesdiplomaticas/2-uncategorised/702-congresso-de-viena.html>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: volume 1, parte geral - arts. 1º a 120*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: volume 2, parte especial - arts. 121 a 249*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

COSTA, Zanaliz Mara Cândido da. O regime legal do tráfico de pessoas no Brasil: uma análise das razões da intervenção penal à luz da normativa internacional. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 449-502, 2019. Anual.

Submissão: 11/7/2017

Aceite: 17/8/2017

Princípio da oportunidade como instrumento de enfrentamento da ineficácia na Justiça brasileira

Bárbara Lima Rocha Azevedo

Advogada Criminalista – Mattos Engelberg Advogados. Pós-Graduada em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas Direito em São Paulo e Especialização pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT.

Resumo: O artigo versa sobre os princípios da legalidade, da obrigatoriedade da ação penal e da oportunidade na conjuntura do sistema punitivo atual. Serão indicadas as possibilidades de se adotarem diferentes opções de políticas criminais, analisando a relação entre a justiça, como meta, e a conveniência, como condução restritiva para atingi-la. A problemática é relevante quando avaliamos a sobrecarga dos tribunais brasileiros e o superencarceramento nas prisões. Na comunidade jurídica internacional, já é possível constatar uma tendência de adoção da oportunidade no exercício da ação penal em decorrência da clara impossibilidade de se exigir dos órgãos acusatórios uma atuação exitosa diante da obrigatoriedade da investigação e da persecução criminal de toda conduta delituosa. O aprimoramento do sistema punitivo aparece com manifesta necessidade, daí a importância do princípio da oportunidade como instrumento de luta contra a ineficácia da administração da Justiça. Para que isso seja possível, faremos uso de uma análise documental apurada e de revisão bibliográfica específica do tema. Por fim, o artigo tem como finalidade destacar a necessidade de uma reforma que possibilite uma atuação mais clara, com menos decisões aleatórias e sempre em respeito ao princípio da legalidade.

Palavras-chave: Princípio da legalidade. Ação penal. Obrigatoriedade da ação penal. Oportunidade da ação penal. Reforma na administração da justiça.

Sumário: Introdução. 1 Princípio da legalidade. 2 Princípio da obrigatoriedade da ação penal. 3 Resolução nº R (87) 18. 4 Princípio da oportunidade. 4.1 Modelos de aplicação do princípio da oportunidade. 4.1.1 Princípio da oportunidade e princípio

dispositivo. 4.1.2 Princípio da oportunidade como exceção à obrigatoriedade da ação penal. 5 Ação nº 7/2016 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. 6 Medidas alternativas: princípio da oportunidade. 6.1 Procedimento abreviado. 6.2 Princípio da autonomia da vítima. 6.3 Descriminalização de condutas. 6.4 Ação penal privada. 7 *Plea bargain*. 7.1 *Plea bargain* nos Estados Unidos. 7.2 *Plea bargain* na Alemanha. 7.3 *Plea bargain* na Itália. 8 Lei dos Juizados Especiais. 9 Conclusão. Referências.

Introdução

O presente artigo trata dos princípios políticos que estruturam os sistemas da justiça penal atual e da possibilidade de realização de uma reforma da administração do sistema punitivo. Para isso, faz-se necessária uma análise da administração da justiça como um todo, considerando a atual orientação que obriga os órgãos acusatórios a perseguir criminalmente toda e qualquer conduta delituosa com uma constante busca de uma verdade real impossível, formalizada no Direito Processual Penal brasileiro.

O Estado dispõe qual o órgão habilitado para tomar decisões em relação às controvérsias de caráter penal. Regula a existência de autoridades competentes que sejam chamadas a cumprir as funções acusatórias e que tenham a autorização legal de solicitar pronunciamento e definir objeto de discussão. No direito brasileiro, outorgou-se ao Ministério Público o exercício efetivo da ação penal pública, atribuindo a ele o dever acusatório formal dos procedimentos e as funções de requerer e investigar. Já as tarefas decisórias ficaram restritas aos tribunais.

O tribunal é, em sua essência, um órgão que é chamado a decidir controvérsias. Dentre suas atividades, têm-se a de coordenar a atividade processual, a de controlar a legalidade dos requerimentos das partes e a de dar proteção efetiva aos direitos humanos do imputado e da vítima. É direito do réu a imparcialidade do magistrado competente por seu processo e tal garantia impossibilita que os juízes tomem partido na causa persecutória. E, por isso, manter-se inativo e esperar pelos requerimentos concretos do órgão acusatório são medidas que se esperam dos julgadores.

Já ao órgão acusatório, que é eminentemente ativo, são concedidos poderes de investigação e de requisição daquilo que julgarem necessário para tornar possível o deslinde da ação penal. Assim, entende-se que a função acusatória foi outorgada aos órgãos competentes com a finalidade principal de garantir a imparcialidade do tribunal. Isto é, a atuação objetiva do julgador em relação às atividades decisórias, garantindo que não se comprometa com o decorrer investigativo e persecutório. Essa é a razão da importância da separação das funções de requerer e decidir, configurando atribuições diferentes a órgãos estatais diversos e autônomos.

O ordenamento jurídico contém princípios gerais que configuram os diversos aspectos e que determinam a estrutura do procedimento, tanto em normas de hierarquia constitucional, internacional, como legal. Esses princípios gerais dão sentido às disposições do ordenamento processual penal. Dessa maneira,

a evolução constatada é de que o tribunal não pode iniciar a investigação preliminar de ofício, pois cabe ao Ministério Público e à polícia a competência dessa atividade. Ao juiz cabe atuar apenas no controle dessa investigação. Já as funções requerentes são atribuídas ao Ministério Público, como titular da ação penal, e ao juiz reserva-se a decisão de legalidade e de admissibilidade, controlando apenas a possibilidade legal da medida requerida ser ou não deferida.

Os princípios processuais são delimitadores estruturais, são características essenciais que têm suas próprias particularidades e servem como base na aplicação das normas penais. Quanto ao tratamento dos princípios que serão estudados, importante esclarecer que o princípio da legalidade processual e o princípio da obrigatoriedade da ação penal, muitas vezes, são tratados como sinônimos. No decorrer do trabalho, busca-se diferenciá-los, porém, sem separá-los totalmente, uma vez que os dois conjuntamente contribuem com a crise no sistema penal.

Quanto ao princípio da legalidade, sabe-se que ele é parte inerente à própria função exercida pelos agentes estatais. É a obrigação de agir de acordo com a lei, de respeitar-se a lei de uma forma geral. Já princípio da obrigatoriedade tem contornos mais estreitos, referindo-se ao momento de propositura da ação penal pública. É a atuação da função acusatória, e essa diferença de conceituação é necessária para o perfeito entendimento do presente artigo.

A soma de tais preceitos impõe aos órgãos estatais competentes o dever de promover a persecução penal em todos os casos em que se tenha notícia do cometimento de fatos que possam ser considerados puníveis. Dessa forma, o princípio da obrigatoriedade é uma decorrência natural do princípio da legalidade, que orienta todas as ações do Estado. O princípio da legalidade, portanto, tem um caráter mais geral, apto a orientar toda a ação estatal e, conseqüentemente, todo o desenvolvimento da ação penal. Nesse sentido, reconhecendo a impossibilidade empírica de perseguir todos os delitos, como pressupõe o preceito da obrigatoriedade da ação penal, surge o princípio da oportunidade, que será objeto de estudo neste trabalho.

Segundo o princípio da oportunidade, quando se tem conhecimento de cometimento de atos supostamente puníveis, é possível que não se inicie ou que se suspenda a persecução penal por razões de conveniência, de utilidade ou de manejo de recursos de forma mais eficiente. Por sua aplicação, pretende-se racionalizar essa seleção, tornando-a discricionária. Assim, na prática, a partir de critérios determinados, explícitos e controláveis, a seleção deixará de ser aleatória, pois não será feita pela impossibilidade de cumprimento da ordem da norma legal atual, em que se impõem a investigação e o início da persecução penal de toda e qualquer notícia de conduta delituosa.

Esta é a proposta do presente estudo. Na primeira parte, confrontaremos os princípios da legalidade, da obrigatoriedade da ação penal e da oportunidade, com seus modelos de aplicação.

Na sequência, faremos uma análise da Resolução nº R(87)18, ocasião em que se pretende demonstrar que a crise do sistema punitivo já vem sendo analisada pelos países europeus desde os anos 80. Em seguida, demonstraremos a importância da Ação nº 7 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, que é a abordagem sobre o tema feita pelas autoridades brasileiras, ressaltando a importância da reforma do sistema existente, com a priorização de punição das condutas selecionadas pela referida Ação e uma diminuição da sensação de impunidade dos poderosos.

Por fim, abordaremos as medidas alternativas para soluções de conflitos, com uma leitura do instituto da *plea bargain* e da Lei nº 9.099/95. Algumas diferenças entre os institutos serão tratadas, com destaque para a mudança de paradigma que a referida lei trouxe para a realidade brasileira.

A revisão bibliográfica e a análise documental servirão de lastro metodológico que serão reafirmados por meio de uma pesquisa histórica de alguns institutos importantes para a contextualização da mudança que se pretende defender, com o destaque necessário para as políticas públicas. Longe de indicar o esgotamento do tema, o presente artigo tem a finalidade de demonstrar que o atual sistema punitivo deve ser reformado para que sua atuação possa ser eficiente, recuperando, assim, a confiança da sociedade no sistema punitivo atual.

1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é o responsável pela delimitação na atuação dos órgãos públicos no Estado de Direito. Segundo Winfried Hassemer (2006), é um dos princípios clássicos do Direito Penal e tem respaldo nas teorias absolutas da pena. Os valores principais desse preceito residem na pretensão de um tratamento igualitário de todos habitantes perante a lei – princípio da igualdade.

A nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXIX, dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Por esse texto legal temos a previsão da legalidade e da igualdade, isso significa que é imperioso que os agentes do Estado ajam com responsabilidade e devido respeito à lei, evitando qualquer atuação arbitrária. Para Alberto Binder (2004, p. 174), a legitimidade da administração da justiça penal apenas é alcançável quando houver respeito à Constituição, ou seja, toda e qualquer legislação infraconstitucional deve ser balizada por dizeres constitucionais.

Então, é por meio do princípio da legalidade que se estabelecem as bases da ordem jurídica. Por esse motivo, não é cabível que se impute fato que não tenha sido anteriormente descrito em lei a alguém, da mesma forma, que se condene a uma pena sem previsão normativa. Assim, a ordem jurídica penal não pode funcionar como um conjunto de leis excessivamente abertas e desconexas, pois amplo espaço de divagação viabiliza a

realização de interpretações expansivas que podem deixar o réu em situação desfavorável (BINDER, 2004, p. 174).

O princípio da legalidade garante o respeito à definição de condutas consideradas lesivas ao bem jurídico tutelado, função essa exercida pelo poder Legislativo. Qualquer ato, para ser considerado criminoso, deve ser perfeitamente enquadrado ao texto legal preexistente, ou seja, uma perfeita subsunção entre a conduta descrita em lei e a conduta praticada pelo acusado, proibida qualquer interpretação que prejudique o réu.

De acordo com Nucci (2014, p. 11-12), o princípio da legalidade é “[...] o fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitado o processo previsto na Constituição”. Portanto, essa garantia constitucional tem a função de limitar o poder punitivo estatal, a finalidade de proteger a sociedade de atitudes arbitrárias e desiguais. Possibilita a preservação do direito individual contra os abusos estatais em todas as esferas – Judiciário, Legislativo e Executivo –, protegendo a sociedade de toda e qualquer atuação *contra legem* e impedindo a insegurança jurídica.

E mais, o princípio da legalidade além de ser um direito constitucionalmente garantido é também uma determinação internacional, reconhecida no bojo do texto legal do Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional que prevê direitos que devem ser respeitados pelos Estados membros. Confere-se:

Art. 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado (BRASIL, 1992).

O preâmbulo do referido Tratado dispõe que foi firmado com a “[...] intenção de consolidar nas instituições democráticas um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais” (BRASIL, 1992). Em 6 de novembro de 1992, o Brasil promulgou a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, por meio do Decreto nº 678/1992, tornando-se signatário e comprometendo-se a respeitar as obrigações conferidas pela Convenção. Dentre os preceitos, encontra-se o princípio da legalidade. A ele foi conferida tanta importância que nem em casos excepcionais sua interpretação e aplicação podem ser suspensas. Convieram no seguinte:

Artigo 27 - Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão),

9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos (BRASIL, 1992).

Dessa forma, conclui-se que a legalidade é uma garantia que deve ser respeitada. É o direito responsável pela consolidação ao respeito às leis, que atua como obstáculo ao cometimento de arbitrariedades pelos órgãos estatais. Seu reconhecimento pela comunidade internacional demonstra que é limitador de atuações prejudiciais, determinando sempre o respeito da norma legal. São por essas razões que, no presente estudo, ele será utilizado com este conceito, como um princípio autônomo, que tem sua aplicação tanto nas ocasiões do princípio da obrigatoriedade da ação penal quanto na da oportunidade, reforçando sua importância para o funcionamento correto do sistema judiciário.

2 Princípio da obrigatoriedade da ação penal

A persecução penal é obra do Estado e essa titularidade estatal resulta em dois fatores, a investigação e a análise da existência, ou não, de conduta compatível ao tipo descrito em norma legal. Tais tarefas estão a cargo da polícia judiciária e do Ministério Público. E o julgamento com eventual imposição de pena está a cargo do tribunal competente para tomada de decisões (BOVINO, 2005, p. 6).

O princípio da obrigatoriedade é um dever legal do Ministério Público. É uma decorrência do princípio da legalidade e foi criado para garantir o exercício de toda e qualquer ação penal

sem qualquer discricionariedade. Segundo Mirabete (2006, p. 27), “[...] o princípio da obrigatoriedade é definido como aquele que obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública”.

Assim, havendo indícios suficientes para admitir uma ação como punível, o Ministério Público deverá atuar de ofício quando o crime for processado por meio de uma ação penal pública. Nos casos em que ação penal for pública condicionada, Ministério Público, quando provocado, passará a ser o titular da ação penal. E, havendo indícios de autoria e prova de materialidade, deve prosseguir com a persecução criminal. Nos casos de ação penal privada, a persecução ainda é do Estado, porém, o particular detém o direito de movimentar a máquina do sistema punitivo. A titularidade da resolução de conflitos do Estado evita que o particular exerça a vingança privada.

Nesse sentido leciona Afrânio Silva Jardim (2007, p. 12), “[...] no momento em que o Estado proibiu a vingança privada, assumiu o dever de prestar jurisdição, monopolizando esta atividade pública. Percebeu-se, em determinado momento histórico, que ao Estado deve caber o combate à criminalidade, seja preventiva, seja repressiva. O Estado tem o dever de punir”.

Dessa forma, a titularidade estatal da resolução de conflitos foi visionada para que fosse possível conservar ao máximo a autonomia decisória de cada um dos poderes, tornando

realidade a solução dos conflitos por meio de um juízo público, imediato e oral. Porém, é possível perceber que o resultado causado pelos princípios da obrigatoriedade da persecução penal e da persecução pública diverge da concepção inicial. A impossibilidade de cumprir com os ideais imaginados quebra a confiança da população no sistema punitivo e demonstra que a ética pretendida no momento da criação desses princípios não é respeitada atualmente (HASSEMER, 2006, p. 56).

A reformulação do Direito Constitucional formalizou, nas regras processuais, a busca da verdade real como finalidade do processo penal. Essa busca, juntamente com os princípios da persecução penal pública e obrigatória, é uma herança da tradição europeia-continental e gera uma sobrecarga no sistema punitivo, ocasionando uma crise de eficiência na administração da justiça (BOVINO, 2005, p. 1).

Assim, o Direito Processual Penal, para ser bem-sucedido, deve, ao mesmo tempo, aplicar o direito punitivo e perseguir fins próprios. Porém, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, como consagrado, trata o processo penal de maneira rigorosa, sem qualquer análise aos fins pretendidos, tornando-o encarcerador. Não há qualquer apreciação sobre a eficácia da punição no caso concreto, apenas determina-se a investigação a toda e qualquer conduta delituosa, sob o falso pretexto de se garantir o interesse coletivo e a igualdade, o que torna o sistema punitivo falho, sobrecarregado e inseguro (HASSEMER, 2006, p. 55).

Segundo Afrânio Silva Jardim (2001, p. 12), “[...] o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não é uma opção arbitrária do legislador, mas está inserido dentro de um contexto democrático, no qual ao funcionário do Estado não é dado dispor do interesse coletivo”.

O referido preceito promete a igualdade e a aplicação fundamental da justiça criminal, sem, teoricamente, levar em consideração quem cometeu a conduta delituosa, como aconteceu, e os motivos incitadores da prática, mas não é isso que o sistema punitivo atual indica. A atuação obrigatória leva a uma atuação aleatória dos órgãos acusatórios, que é ocasionada pela impossibilidade de se investigar todos os casos indiscriminadamente e pelas exceções do princípio, que são enumeradas, marginais e, por isso, muitas vezes, falsas. Isso possibilita que as autoridades competentes sem uma determinação legal façam uma aferição de juízo e determine quais as condutas que merecem tratamento mais urgente (HASSEMER, 2006, p. 58)

E mais, o princípio em estudo se mostra economicamente, em curto prazo, e, politicamente, em longo prazo, imprudente, pois, obriga as autoridades a perseguirem o esclarecimento da totalidade dos delitos, exige do órgão acusatório algo impossível — a obrigação de instaurar persecução de todos os casos em que exista suspeita de realização de um feito punível, salvo os casos de exceção legalmente estabelecidos. Dessa maneira, espera-se das autoridades que movimentem a máquina pública em busca de

um direito punitivo que nem sempre irá se concretizar, ou mais, que nem sempre cumprirá as finalidades da pena, deixando de lado qualquer oportunidade de resolução de conflitos por meios alternativos (HASSEMER, 2006, p. 61).

A impossibilidade de cumprimento da determinação tem como uma de suas causas o fato de os recursos materiais e pessoais serem sempre limitados. E, por isso, as autoridades competentes passam a selecionar por si próprias quais os crimes mais importantes que precisam ser investigados, ampliando, assim, o sentido dos crimes bagatelares sem conhecimento prévio das partes. Dessa maneira, havendo um caso que necessite de uma resposta que é considerada pelo servidor mais importante, o crime de menor destaque será colocado de lado (HASSEMER, 2006, p. 63).

A investigação indiscriminada ocasionada pela previsão legal que dispõe que, na maior parte dos casos, a ação penal é pública e obrigatória, sem possibilitar às autoridades a utilização de qualquer critério utilitário, que consideraria a finalidade da pena ou, ainda, a gravidade do delito praticado, torna os órgãos estatais escravos da lei. Essa atuação é justificada pelo falso pretexto de que a investigação, o julgamento e o castigo de todos os atos delitivos seriam as condutas que levariam ao respeito à igualdade.

Segundo Alberto Binder (2004, p. 206), para a resolução desses problemas, é possível apontar alguns entendimentos. Primeiro, para a resolução da crise, seria suficiente a construção

de novos tribunais e a contratação de mais profissionais. Segundo, para o término da crise, considerando que ela decorre de falhas procedimentais, bastaria o retoque legal para que ela fosse corrigida. Terceiro, a melhora da capacitação de juízes e advogados. Porém, tais saídas, sozinhas, não seriam suficientes para findar o problema. A causa da crise supera as situações estruturais do problema, então, a análise do sistema punitivo deve ser feita como um todo e não apenas em um dos pontos problemáticos, como limitação de recursos, mudança legal ou capacitação de autoridades.

É possível concluir, então, que a obrigatoriedade de processar todas as condutas delituosas gera uma incapacidade de atender a todas as demandas e, conseqüentemente, desrespeita a utilização de critérios firmes para persecução penal, ocasionando uma seletividade própria do sistema. A não previsão de tratamento diferenciado dos casos penais, que causa saturação na justiça penal, contribui com a seleção irracional de atuação pelos órgãos competentes e com a impunidade dos poderosos (BINDER, 2004, p. 191).

E, como o princípio da obrigatoriedade da ação penal impõe ao órgão acusatório o dever de processar toda e qualquer conduta punível, sob o falso pretexto de que tal atuação seria a garantia ao princípio da igualdade, e o princípio da legalidade trata do respeito à lei, a escolha de não processar, quando não prevista em lei, seria atuar contra a lei, desrespeitando-a. E mais, de acordo com o modelo atual, a opção de criminalização e de

tratamento mais severo é uma escolha de política pública, e, portanto, cabe ao legislador e não às autoridades responsáveis pela persecução penal escolher quais os delitos que merecem, ou não, ser perseguidos (BOVINO, 2005, p. 17).

A análise desse princípio com a atual conjuntura do sistema punitivo reafirma a necessidade de reformulação da administração da justiça, com a diferenciação, por meio de norma legal, dos delitos mais graves dos menos graves. A imposição necessária da sanção penal como única alternativa da solução de conflito leva o órgão acusatório a uma atuação aleatória, e não discricionária, com a devida observância ao princípio da legalidade, como deveria ser. Devem-se buscar medidas que efetivamente contribuam para a mudança do quadro caótico e ineficaz que a administração da justiça se encontra (BOVINO, 2005, p. 17).

3 Resolução nº R (87) 18

A Resolução nº R (87) 18 foi elaborada em 17 de setembro de 1987 pelo Comitê de Membros do Conselho Europeu. O referido comitê é um órgão com poder decisório no Conselho Europeu, é um organismo governamental que aborda problemas que afligem a sociedade europeia. Os temas são discutidos em pé de igualdade em um fórum coletivo, ocasião em que são elaboradas respostas para as questões debatidas e formuladas recomendações a serem seguidas pelos estados membros (COUNCIL OF EUROPE, 1987).

Para formulação dessa recomendação, a intenção era acelerar e simplificar o trabalho no sistema de justiça criminal, para isso considerou-se o aumento da criminalidade e deu-se especial atenção aos fatos delituosos que resultam em penalidades menos gravosas. A política de combate a toda e qualquer ação delituosa traz como consequência a lentidão do processo criminal, afetando a administração da Justiça como um todo. Para que se possa remediar esse problema, a resolução recomenda uma correta alocação de recursos, a ser feita após uma clara definição das prioridades na política da luta contra o crime, reavaliando o princípio da obrigatoriedade da acusação e a utilização de instrumentos para lidar com ofensas de menor potencial ofensivo e com os delitos de massa (COUNCIL OF EUROPE, 1987).

Em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, sugerem seu processamento por meio de um procedimento sumário, com a simplificação dos procedimentos judiciais ordinários, visando à aceitação de acordos extrajudiciais e almejando meios alternativos à persecução criminal estatal e obrigatória. Para que isso seja alcançado, a legislação atual, a jurisprudência e a mentalidade social devem ser modificadas. Foi recomendada como objetivo a realização de acordos extrajudiciais, com a legitimação de autoridades competentes para intervir, promover propostas e negociar aceitações; a descriminalização de condutas delituosas; a criação de procedimentos sumários para ofensas menos complexas e delitos de massas e o aumento de resolução

de problemas nas esferas administrativa e cível, retirando-os do âmbito penal (COUNCIL OF EUROPE, 1987).

Indicou-se que a competência do órgão para aplicação do princípio da oportunidade deveria ser determinada por lei, discriminando as autoridades para realização de acordos e as categorias de ofensiva das condutas. Dessa maneira, faz-se necessária a inclusão, dentre os poderes da autoridade, da possibilidade de revisão do acordo. À autoridade recomenda-se que considere possíveis objeções que poderão ser feitas pelo suposto ofensor e que se especifiquem as circunstâncias do acordo extrajudicial, para que, na medida do possível, respeite-se o princípio da igualdade (COUNCIL OF EUROPE, 1987).

A exortação dispõe, ainda, que é direito do ofensor não aceitar a proposta de acordo. Porém, para que seja oferecido, é necessário o preenchimento de condições objetivas e subjetivas. O oferecimento da proposta de acordo e sua aceitação, expressa ou tácita, com o cumprimento das cláusulas acordadas, implicam renúncia do direito da autoridade competente de processar o ofensor definitivamente. Em caso de aceitação tácita, o procedimento de notificação deve ser muito cuidadoso, para resguardar todos os direitos do ofensor. A escolha pela continuidade, ou pela interrupção do processo criminal, pode acontecer de forma pura e simples, acompanhada por uma advertência ou aviso (COUNCIL OF EUROPE, 1987).

Ao suposto ofensor recomenda-se a garantia do direito de conhecer seu próprio caso antes de ser levado a uma autoridade

judicial. Na ocasião do oferecimento da proposta, o acusado tem o direito de ser propriamente informado das consequências de sua aceitação, e esta deve ser feita de maneira pessoal, clara e definitiva. Caso queira, deve ser assegurado a ele tempo razoável para se aconselhar legalmente com seu advogado. A aceitação da proposta terá como um de seus efeitos a preclusão de qualquer possibilidade de acusação, e caso isso não seja respeitado, haverá um claro caso de *bis in idem* (COUNCIL OF EUROPE, 1987).

Sugere-se, como dever das autoridades, a publicação de um relatório anual sobre como exerceram seus poderes nos acordos extrajudiciais e sobre o êxito dos acordos, sem, é claro, expor a identidade dos supostos ofensores. O ideal seria que, sempre que houvesse a resolução de um caso, uma atualização automática de processamento de dados fosse feita, para que se soubesse o número de casos que ainda necessitam de finalização (COUNCIL OF EUROPE, 1987).

Para compreensão das sugestões feitas é necessária a diferenciação entre ação discricionária e ação aleatória para tomada de qualquer decisão. A discricionária possibilita que a autoridade decida, de acordo com as normas legais, pelo prosseguimento, ou não, do processo penal. Para isso, deve considerar a seriedade, a natureza, as circunstâncias, as consequências da ofensa, a personalidade do suposto ofensor, bem como a probabilidade de condenação, os efeitos de uma sentença condenatória para o condenado, para a sociedade e, por fim, a posição da vítima no processo. Já a atuação aleatória não tem como base requisitos

mínimos e pode ser, em muitas ocasiões, marcada por um subjetivismo exacerbado (COUNCIL OF EUROPE, 1987).

É importante que os procedimentos alternativos sejam diferentes dos procedimentos ordinários. Então, é essencial que o réu aceite a posição de colaborador da justiça e que seja tratado de maneira distinta. Dá-se como exemplo a possibilidade de a decisão não ser tratada com equivalência a uma condenação criminal, retirando a inclusão no registro criminal, exceto quando o suposto ofensor tenha admitido sua culpa. Nos crimes empresariais, quando cabível a resolução por meio alternativo, pode-se sujeitar a empresa a uma política de *compliance*, estimulando o respeito às regras de conduta, ao pagamento de valor, ao pagamento de compensação à vítima, ou, ainda, à fixação um período probatório (COUNCIL OF EUROPE, 1987).

Nos casos em que é possível a resolução do conflito por meios alternativos é imprescindível o consenso do suposto ofensor, salvo quando a autoridade acusadora decidir por algum outro motivo retirar as acusações. Na falta da aquiescência dele, a autoridade competente deve ser obrigada a proceder com o processo acusatório. E a transparência deve ser uma atitude basilar nesse tipo de ação. O suposto ofensor deve ser notificado da decisão da autoridade competente em dar continuidade ao processo criminal (COUNCIL OF EUROPE, 1987).

Para o Conselho (1987), é comum que exista interrupção do processo de forma temporária e condicional ao período probatório, levando-se em consideração, para aferição de seu

êxito, o cumprimento das obrigações pelo suposto ofensor. Recomenda-se, ainda, a criação da possibilidade de dispensa da fase de audiência quando o suposto ofensor preencher os requisitos e, caso seja de seu desejo, requeira uma imposição de pena alternativa, a ser concedida desde que o promotor não tenha alguma objeção e o juiz a julgue aconselhável.

Para a recomendação, as investigações preliminares realizadas pela autoridade competente não deveriam ser obrigatórias. Sugere-se que sejam limitadas às ocasiões em que possam ser úteis, considerando-se a complexidade do caso e o conseqüente estabelecimento da culpa ou inocência dos suspeitos. A utilidade de uma investigação deve ser determinada pela autoridade judicial. Levam-se em conta a política policial e punitiva adotada, a gravidade, a complexidade do caso e, quando for de ação privada, o requerimento da vítima. Caso exista uma investigação preliminar, o ideal é que haja uma previsão que possibilite à autoridade responsável pelo procedimento a exclusão de todas as formalidades desnecessárias, possibilitando a dispensa de audiência formal de vítimas quando o acusado não estiver contestando os fatos (COUNCIL OF EUROPE, 1987).

A possibilidade de dispensar uma investigação, segundo a recomendação, deve ser feita quando presentes garantias em três níveis:

- a) o estágio de *police inquiry*, o qual a autoridade judicial direciona e controla as atividades policiais ou os direitos dos suspeitos;

- b) a audiência custódia dos acusados, que deve ser feita até ser possível completar a *police inquiries*, tal ação deve ser supervisionada em todos os casos por um juiz independente;
- c) a determinação da validade e da real utilidade das penalidades. Para isso, é imprescindível que se tenha uma autoridade judicial independente com a tarefa de se fazer *inquiries supplementary*.

Com a finalidade de substituir as prisões desnecessárias, indica-se, por meio de determinação legal, a limitação das sanções do procedimento penal sumário às sanções pecuniárias, excluindo qualquer sentença que defira medidas físicas coercitivas, especialmente a prisão. O recolhimento do montante deveria ser feito no local da ofensa e, nos em que isso não fosse possível, a autoridade administrativa ou judicial competente deveria notificar o suspeito para que o recolhimento fosse efetivado. O pagamento de valor, segundo a resolução, deveria ser feito para o Estado ou para alguma instituição pública que tivesse projeto de caridade. Ainda, a restituição de bens ou vantagens obtidas pela ofensa ou compensação apropriada para a vítima também são medidas compensatórias possíveis de serem adotadas (COUNCIL OF EUROPE, 1987).

Para o êxito da aplicação do princípio da oportunidade, a recomendação sugere que a lei dos estados, quando envolverem as mesmas acusações, deve ser unificada nos procedimentos criminais, evitando, dessa forma, decisões sucessivas por cortes

diferentes. O procedimento na audiência deve dispensar todas as formalidades desnecessárias, em particular, a divisão do procedimento em níveis definidos, e possibilitar que alguns dos procedimentos só sejam adotados em circunstâncias em que haja dano real aos interesses da defesa ou da acusação. Os membros do Estado devem diminuir a quantidade de julgamentos pela corte, resolvendo, pelo menos as ofensas de menor potencial em âmbitos alternativos, contando com o apoio legislativo, o qual deveria discriminar, previamente, as penalidades que poderiam ser aplicadas (COUNCIL OF EUROPE, 1987).

O presente tópico foi feito com a intenção de contextualizar o artigo e demonstrar que em 1987 o Conselho Europeu já discutia as mazelas da persecução obrigatória. Isso demonstra o atraso do sistema punitivo brasileiro, que até hoje adota tal preceito ocasionando a sobrecarga do sistema e a atuação aleatória pelas autoridades competentes. Na ocasião, foram recomendadas diversas medidas que são extremamente necessárias para resolução da crise de eficiência em que se encontra hoje na administração da justiça brasileira, com sua característica superencarceradora. O princípio da oportunidade, quando aplicado conjuntamente com o da legalidade, torna possível que o Direito Penal seja a *ultima ratio*, e que a resolução de conflitos seja feita, em sua maioria, por meios alternativos (COUNCIL OF EUROPE, 1987).

4 Princípio da oportunidade

Nesse sentido, surge a discussão da aplicabilidade do princípio da oportunidade. Segundo Winfried Hassemer (2006, p. 64), o referido preceito tem seu respaldo nas teorias relativas, utilitárias da pena estatal, que levam em consideração a finalidade da pena e preocupam-se com a efetividade do sistema punitivo como um todo. As razões para a adoção desse preceito são ainda maiores quando entendemos o Direito Penal orientado pelas suas consequências. Assim, não haveria obrigação de se realizar uma investigação que busque a verdade real e sim uma que busque a verdade realizada com as formas da justiça, considerando os fins pretendidos pelo sistema punitivo e pela administração da justiça como um todo.

A sua adoção possibilitaria a diminuição da carga de trabalho dos tribunais, por meio de uma seleção dos tipos penais a serem perseguidos, com a consequente priorização dos crimes de alta gravidade. Seria, ainda, uma maneira de utilizar os recursos públicos com maior eficiência e com a devida consideração das consequências de um processo criminal, cujo prejuízo econômico pode ser mais alto do que o seu proveito jurídico, situação que deve ser rechaçada. Um exemplo disso seria o início, ou a continuidade, de persecução penal que sabidamente será alcançada pela prescrição intercorrente.

O sistema processual de justiça, de acordo com Alberto Bovino, deve selecionar os crimes que devem ser priorizados pelo órgão acusatório. Para isso, considera-se o horizonte teórico,

possibilitando o respeito à racionalidade e à legalidade. Esse autor entende, ainda, que obrigar a autoridade à imensa responsabilidade de investigar a fundo todos os delitos e satisfazer as demandas da sociedade não é apenas uma tarefa pesada, como também impossível de ser cumprida. Salienta, por fim, que o sistema processual que deixa a justiça penal sobrecarregada gera sempre uma insatisfação social e, como consequência, gera a diminuição do prestígio social do sistema punitivo. Dessa maneira, a reforma do sistema punitivo deveria consistir na adoção do princípio da oportunidade, possibilitando ao órgão acusatório a resolução de conflitos de formas alternativas e negociais (BOVINO, 2005, p. 17).

A resolução de conflitos é um tema central no Direito Penal e processo penal. Inicialmente o conflito é provocado pela conduta criminosa. Com a punição, surge um novo conflito, que tem sua causa no castigo pela prática do ato delituoso. No princípio da oportunidade discute-se a legitimidade da solução dada a cada conflito. Na justiça penal esse tema é recorrente e se reinstala na sociedade com uma quota distinta de violência, ainda que seja uma forma legítima de violência, como no caso da punição do agressor que merecia o castigo. Assim, a estruturação do sistema processual influencia diretamente a função da Justiça na sociedade, na legitimação presente na resolução de conflitos, na configuração da sociedade, especialmente em relação aos valores básicos que fundamentam a convivência, o respeito à tolerância, a

legalidade e a solução institucionalizada dos conflitos (BINDER, 2004, p. 192).

Segundo Alberto Binder (2004, p. 210), uma boa forma de se obter da sociedade a aceitação ao princípio da oportunidade seria por meio de uma reestruturação do sistema punitivo. A aplicação, em conjunto, dos princípios da oportunidade e da autonomia da vítima, introduzido em um modelo de justiça reparatória, amplia as faculdades da vítima e permite sua colaboração, inclusive na fase investigatória. Importante que se considere os interesses reais da vítima, dando atendimento diferenciado a ela – reparando, sempre que possível, seus danos e, evitando, ao mesmo tempo, punição física ao imputado.

Outra mudança a ser idealizada, de acordo com Alberto Binder (2004, p. 210-211), seria em relação à mentalidade formalista e nitidamente burocrática, que se apega ao trâmite processual ao invés da real solução de conflitos. Tal fato resulta em uma estrutura de administração dos tribunais arcaica, ineficiente e dispendiosa. O sistema punitivo atual está em crise estrutural, administrativa, organizacional e processual, uma crise de eficiência que leva a uma crise de legitimidade, que tem se mostrado ineficaz na luta contra toda e qualquer forma de criminalidade, levando a uma seletividade aleatória da justiça.

Dessa forma, não é possível que se estabeleça uma convivência pacífica, com resolução de conflitos por meio alternativos, pois o que se postula é apenas apego às leis, desconsiderando o quadro da criminalidade e as políticas públicas

necessárias para o melhoramento do sistema punitivo. Assim, o caminho para solucionar todos esses problemas da administração de justiça seria o redesenho do sistema investigativo. Uma reestruturação do Ministério Público e da instituição policial, evitando que o sistema crie e exerça sua própria seletividade, sem a orientação legal, e outorgando à investigação maior dinamismo, permitindo, ao mesmo tempo, a resolução do problema de sobrecarga endêmica dos sistemas processuais (BINDER, 2004, p. 209).

Para o controle das decisões tomadas pelas autoridades competentes é imprescindível que se crie mecanismos de regulação, com o fim de outorgar efetiva vigência dos direitos fundamentais das pessoas processadas penalmente. Isso deve ser feito por intermédio das garantias processuais, evitando-se que o exercício punitivo estatal não se converta em uma aplicação arbitrária. Em relação à manutenção da unidade da ordem jurídica, para que se evitem sentenças contraditórias entre os diversos tribunais, seria aconselhável a organização de um processo de investigação provisional, a fim de se descobrir se, para a existência de uma decisão de caráter jurídico, faz-se necessária ou não uma investigação mais detalhada (BINDER, 2004, p. 213).

Porém, importante tratar, também, das possíveis mazelas do princípio da oportunidade quando não aplicado corretamente. Quando concebida a atuação das autoridades competentes por meio aleatório, o referido preceito é desigual, inconsequente e enganoso. Como a atuação aleatória depende da rotina dos

funcionários públicos, da ausência de controle público e da falta de confiança popular, a reforma do sistema punitivo, para ser bem sucedida, deve ser feita com previsão clara em texto legal, evitando qualquer atuação arbitrária do servidor responsável (HASSEMER, 2004, p. 64).

Os mecanismos para evitar essas preocupações são a formulação de leis precisas, a criação de órgão de controle para regulação das decisões das autoridades persecutórias, a implementação de um sistema de ajuda à vítima, com possibilidade de atuar com maior autonomia decisória, e, por fim, a manutenção do respeito aos princípios da publicidade, da transparência e da legalidade. Dessa maneira, para que seja possível o processo de reforma, é necessário que a sociedade seja sensibilizada em relação à atual conjuntura do sistema punitivo e com as justificativas que fundamentam a necessidade de reformulação da justiça penal, devendo haver, para isso, uma participação ativa da comunidade jurídica, da classe política e de outros grupos sociais.

4.1 Modelos de aplicação do princípio da oportunidade

De acordo com Alberto Bovino (2005, p. 25), existem dois modelos de aplicação do princípio da oportunidade. O primeiro modelo é o utilizado pelos países anglo-saxões, nos quais o postulado é tido como regra no sistema. O segundo configura uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e deve ser previsto em lei de forma clara.

4.1.1 Princípio da oportunidade e princípio dispositivo

O primeiro modelo é o sistema próprio dos países anglo-saxões. Nesse modelo, a oportunidade é a regra, é elevado a princípio reitor da persecução penal e pode ser chamado de princípio dispositivo. É o adotado pelos Estados Unidos. E, já que os países anglo-saxões desconhecem o princípio da legalidade processual, que rege quase como regra nos sistemas dos países pertencentes à tradição continental europeia, o respeito ao princípio dispositivo implica que as faculdades persecutórias sejam exercidas com uma discricionariedade quase que ilimitada pelos órgãos acusatórios (BOVINO, 2005, p. 25-26).

Assim, são dados à autoridade competente amplos poderes para decidir se investiga, se inicia formalmente a persecução penal, se oferece imunidade ao imputado ou se negocia com ele. Mas, para que se inicie a persecução, é necessário que se tenha uma causa provável para crer que alguém cometeu um delito. Para esse modelo, ao definir a persecução penal como tarefa típica executiva, não caberia ao poder Judiciário interferir no livre exercício dos poderes discricionários do referido órgão, por meio de controle judicial e, tampouco, admite-se que a vítima impugne judicialmente da decisão de não processar (BOVINO, 2005, p. 25-26).

De acordo com Alberto Bovino (2005, p. 25-26), adoção desse modelo é muito criticável não só pelo seu alto grau de repressividade, mas também pelo seu alto grau de arbitrariedade, pois, como a discricionariedade do fiscal não está submetida a

controle, o tribunal não pode impedir que a persecução prossiga por motivos de oportunidade, mérito ou conveniência, que dependem exclusivamente do juízo da autoridade competente, da mesma forma não é possível obrigá-lo a processar, o que torna o sistema extremamente seletivo.

4.1.2 Princípio da oportunidade como exceção à obrigatoriedade da ação penal

O segundo modelo do princípio da oportunidade é adotado pelos países que adaptaram o princípio da obrigatoriedade da persecução penal. Neles, a oportunidade opera como exceção à regra do princípio da obrigatoriedade da ação penal e permite que em alguns casos definidos por lei prescindam-se da persecução penal pública. Os poderes discricionários do Ministério Público são limitados à possibilidade de renunciar a persecução penal, não promovendo a ação penal correspondente ou desistindo de seu exercício, quando lhe é permitido em previsão taxativa determinada por lei, sujeito a controle do tribunal e é, nesse caso, justificado pelas teorias utilitárias da pena, pelas teorias preventivas (BOVINO, 2005, p. 26-27).

A aplicação dos critérios da oportunidade pode ser convertida em um auxílio eficaz à Justiça, como, por exemplo, a descriminalização de algumas condutas, evitando a aplicação do Direito Penal quando outras formas de reação frente ao comportamento desviado possam alcançar melhores resultados. A adoção de resolução de conflitos por meio alternativo pode

levar a uma melhora no sistema punitivo como um todo, descongestionando a Justiça, que se encontra sobressaturada, evitando, assim, a seleção natural feita pelos órgãos competentes (BOVINO, 2005, p. 26-27).

Os critérios orientados para uma maior eficiência da administração judicial são os seguintes: possibilidade de prescindir a persecução penal em relação a um investigado com o fim de se obter a persecução quanto a outro investigado; possibilidade de prescindir a persecução penal nos casos os quais o autor não finda a ação delitiva já iniciada ou a desfaz de algum modo; possibilidade de suspender a persecução penal para dedicar todo esforço a perseguir com êxito fato punível mais grave (BOVINO, 2005, p. 26-27).

Porém, o princípio da oportunidade sozinho não é suficiente para que a sua aplicação seja exitosa, o referido preceito deve ser complementado por princípios análogos a ele que sejam opostos aos que hoje estruturam o sistema – oficialidade e obrigatoriedade da ação penal. A obrigatoriedade da ação penal traz consigo a ideia de justiça e a oportunidade, a ideia de conveniência. Dessa forma, é imperioso que sejam aliadas à busca pela justiça, a utilidade da pena e suas consequências (BOVINO, 2005, p. 26-27).

5 Ação nº 7/2016 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) foi instituída em 2003 e consiste na articulação de mais de 60 órgãos e entidades das três esferas federais, que atuam em um esforço conjunto voltado à prevenção e ao combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. No seminário da Ação nº 7/2016, o tema discutido foi a “Eficácia da persecução penal em face ao princípio da obrigatoriedade”. A Ação prevê como resultado a elaboração de diagnóstico e análise sobre eficiência e utilidade da persecução criminal (SEMINÁRIO..., 2016).

Segundo relatório realizado pelo Ministério Público Federal, durante a abertura do evento, o Secretário nacional de Justiça e Cidadania, Gustavo Marrone, destacou que as demandas processadas perante o sistema de justiça devem ser feitas de forma mais rápida e eficiente, e que há uma iminente necessidade de mudanças a serem formuladas

É importante discutir uma forma de priorizar as demandas mais importantes, com maior relevância social, de maneira a beneficiar o país de forma mais concreta”, afirmou. O vice-presidente do Conselho da Justiça Federal, Humberto Martins, afirmou que a finalidade do debate é trabalhar para operacionalizar procedimentos mais rápidos, tendo em vista também a complexidade da criminalidade atual. Para o diretor-geral do Departamento de Polícia Federal, Leandro Daiello Coimbra, discutir a questão da obrigatoriedade dentro da persecução penal se torna fundamental neste momento histórico do país. “Seria estratégico para todos se, não só a Polícia, mas também o Ministério Público e o Judiciário, pudessem focar

no que é mais importante para a sociedade. É claro, que não se pode fazer isso sem uma definição muito clara de critérios, com transparência (SEMINÁRIO..., 2016).

A Subprocuradora-Geral da República Luiza Cristina Frischeisen tratou da importância da transparência como meio fundamental para que a sociedade entenda as escolhas prioritárias das autoridades do sistema de justiça. Para a reformulação da administração da justiça, é necessário tratar da eficácia da persecução penal e da efetividade do sistema como um todo e isso requer que se considere o caso concreto. O que deve ser investigado e denunciado tem que ser ponderado, rechaçando a manutenção da punição de toda e qualquer conduta delituosa. Para isso, é essencial que se discuta os critérios e os mecanismos de controle e transparência, para que a sociedade entenda o que será arquivado, o motivo do arquivamento e o que será denunciado. Salientou que: “Escolhas são feitas diariamente por membros do MPF em todo o Brasil, pois o sistema e a realidade atual conduzem inevitavelmente a isso, cabendo às Câmaras do MPF assegurar a objetividade dessas escolhas” (SEMINÁRIO..., 2016).

Podem-se dar como exemplo os arquivamentos dos casos em que foram praticados os “delitos bagatelares”, o que configura uma situação clara de subsidiariedade do Direito Penal e de adequação da sanção penal. No que se refere às investigações estratégicas, é importante que se elaborem as prioridades com os demais órgãos de controle e investigação. Para a defesa da cidadania, segundo Pierpaolo Cruz Bottini, a persecução penal deve ser eficaz, e para que tal medida seja bem-sucedida, é

importante que haja racionalidade na priorização, com uma fixação clara dos critérios legais (SEMINÁRIO..., 2016).

O Subprocurador-Geral da República Marcelo Muscogliati esclareceu que não se deve falar em princípio e sim em regra da obrigatoriedade e observou que a forma como o preceito vem sendo utilizado resulta em um número excessivo de feitos judiciais e em um sistema de justiça ineficaz. Não existem recursos suficientes para repreensão de todos os crimes e, por isso, é necessária a priorização de certas condutas. “Não há recursos, pessoas e tempo para reprimir todo e qualquer caso de corrupção. Temos de escolher os casos que serão investigados, investir esforços e usá-los como modelo e como mensagem de eficácia da repressão à corrupção” (SEMINÁRIO..., 2016).

O delegado Franco Perazzoni exemplificou a racionalização com uma experiência no combate ao crime de moeda falsa. A Polícia Federal reúne as cédulas falsificadas em 120 classes criadas com o apoio técnico do Banco Central. Essa medida permitiu a identificação de falsificação, tornando possível a verificação dos locais onde circulam maior quantidade de moeda falsa e a identificação das matrizes da fraude, permitindo o desmonte de quadrilhas, evitando o excesso de investigações criminais e possibilitando a utilização de recursos financeiros e humanos para combater outros crimes (SEMINÁRIO..., 2016).

Já o presidente da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF), Carlos Sobral, apresentou a estrutura do Projeto Tentáculos da PF. Tal projeto reduziu em 60% as

fraudes bancárias cometidas na internet e teve como foco a centralização das notícias crime com a aplicação de análise de vínculos, relacionando fraudes praticadas pelo mesmo autor ou grupo criminoso, diminuindo o número de inquéritos policiais instaurados e, conseqüentemente, o número dos processos de competência da Justiça Federal. Conclui que: “É um processo complexo que está sempre em construção, pois conforme as fraudes praticadas temos de modificar a estratégia, mas é evidente que houve uma grande diminuição na incidência desses crimes e nos prejuízos” (SEMINÁRIO..., 2016).

O Procurador Regional da República Carlos Cazarré tratou da transparência na fixação e na aplicação dos paradigmas para a mitigação do princípio da obrigatoriedade. Sugeriu a utilização de mecanismos práticos e a fixação de prioridades para dar celeridade ao trabalho, como enunciados, orientações e roteiros de atuação, com a construção de parâmetros e de prioridades de atuação (SEMINÁRIO..., 2016).

A Ação nº 7, assim como a Recomendação do Conselho Europeu, traz à baila a crise do sistema punitivo. Coloca em cheque o princípio da obrigatoriedade destacando a impossibilidade de cumprimento de perseguir criminalmente toda conduta delituosa. Ao analisarmos esses dois importantes passos históricos – europeu e brasileiro –, não é possível chegar a outra conclusão que não a de necessidade de mudança da administração da justiça brasileira. As recomendações se repetem e demonstram que o tema é latente e precisa ser discutido em todos os âmbitos

da sociedade. A transparência é necessária, para que se possa alcançar os resultados e a aceitação social pretendida. A seleção deve ser balizada por lei para que deixe de ser aleatória, evitando, assim, a sensação de impunidade experimentada pela população.

6 Medidas alternativas: princípio da oportunidade

As medidas alternativas de resolução de conflito devem ser pensadas para ocasionar um esvaziamento dos tribunais e a recuperação da confiança pela sociedade na administração da Justiça. Assim, os mecanismos de consenso em relação às infrações de pequeno e médio potencial ofensivo, a diversificação de ritos processuais, com consequente sumarização do procedimento, a descriminalização de condutas, a transferência de poder negocial e decisório para vítima são opções que resultariam na obtenção de maior celeridade processual e maior eficiência à demanda pelos serviços judiciários.

6.1 Procedimento abreviado

O anteprojeto de Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional — PLS nº 156/2009 — busca reformar o sistema punitivo atual por meio da diversificação de ritos processuais, da sumarização do procedimento e da negociação entre as partes. Para que isso seja possível, os crimes deverão ter sanção máxima não superior a 8 (oito) anos e serão denominados como “processo sumário” (CAMPOS, 2012, p. 21).

O Ministério Público e o acusado poderão requerer, antes da audiência de instrução do processo, a aplicação imediata de pena, inclusive privativa de liberdade, desde que o réu confesse sua culpa. Havendo acordo, a pena será fixada no mínimo legal, ou mesmo abaixo desse patamar, caso as condições pessoais do agente sejam favoráveis e a menor gravidade do crime possibilite essa aplicação (CAMPOS, 2012, p. 21).

O modelo proposto pelo PLS nº 156/2009, seguindo a tradição iniciada pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, confere ao Ministério Público uma discricionariedade parcial, exercida nos limites da legalidade, devendo este formular a acusação de acordo com os elementos de prova que dispuser. Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América, não será possível imputar fato mais grave, para que se obtenha êxito na barganha processual (CAMPOS, 2012, p. 18).

O ponto de maior aproximação entre os modelos é a exigência de reconhecimento de culpa. No modelo idealizado pela legislação brasileira, a medida será benéfica ao acusado, pois possibilitará a aplicação da sanção no mínimo legal ou até mesmo abaixo de tal patamar. Não será possível falar em violação ao devido processo legal, quando, por opção legislativa, o processo sumário for considerado uma nova modalidade processual.

Ressalta-se, por fim, que no modelo de justiça criminal adotado pelos Estados Unidos, *plea bargain*, o risco do subjetivismo injustificável e da atuação aleatória é muito grande. Então, para que a oportunidade seja bem utilizada, no

modelo brasileiro, é necessário que a instituição seja fortemente estruturada em termos de unidade, que as orientações de política criminal emanadas pelos órgãos superiores da própria instituição sejam observadas, bem como que haja respeito ao princípio da legalidade (CAMPOS, 2012, p. 23).

6.2 Princípio da autonomia da vítima

A autonomia da vítima para resolução de conflitos causados pela prática de conduta delituosa é uma tendência político-criminal. Deve-se dar à vítima o tratamento adequado, um acompanhamento durante a persecução penal, possibilitando uma margem de escolha e negociação entre ela e o suposto autor. Para que isso seja possível, devem ser previstas em lei as medidas alternativas da pena ou da persecução penal (BOVINO, 2005, p. 25-26).

Pretende-se com isso aumentar o poder da vítima, não deixando essas alternativas apenas para o controle estatal. O modelo da justiça reparatoria se caracteriza pela tentativa de se desconstruir a infração penal que produziu o dano. É dizer, tornar possível que a conduta delituosa deixe de ser valorada como crime, a ser punido por meio da restrição mais gravosa de direitos, e possibilitar uma negociação, uma restituição do direito que foi tolhido da vítima, que pode ser feita de forma objetiva. Possibilitando a efetiva devolução do direito que foi agredido à vítima ou, ainda, de forma simbólica, por meio da entrega de quantia de dinheiro com a finalidade de restituir o direito à vítima,

porém, devido à impossibilidade de ser feito de forma objetiva é feito de maneira simbólica (BOVINO, 2005, p. 25-26).

Essa medida é importante por considerar o desejo da vítima, colocando-a diretamente no processo de tomada de decisões e, então, possibilitando que sinta uma maior satisfação na ocasião da resolução do problema, com maior possibilidade de escolha, aumentando, assim, as possibilidades de se chegar a um acordo e simplificar o procedimento.

6.3 Descriminalização de condutas

O princípio da oportunidade pode permitir a descriminalização de algumas condutas, para isso, podem-se utilizar alguns critérios orientadores, como a adequação social, os crimes considerados ínfimos – crimes bagatelares, os casos de culpabilidade mínima do autor ou os casos de retribuição natural. Porém, a utilização do princípio não é o instrumento mais correto para isso.

A aferição de quais atos devem ser considerados delituosos é uma escolha a ser feita pelo Poder Legislativo, é uma opção de política criminal, que deve ser feita por meio de uma alteração diretamente no Direito Penal material e não por escolha do órgão acusatório. Apesar de tal medida comparecer como uma possibilidade de atuação no âmbito do princípio da oportunidade, nessa ocasião, defende-se que sejam revistos, por meio legislativo, o número de delitos tutelados pelo Direito Penal, fazendo, assim, uma mudança legislativa, enxugando o Código Penal.

6.4 Ação penal privada

A transferência de crimes que são processados por meio de ação penal pública para a privada, sempre que não houver interesse público gravemente ofendido, é uma relativização ao princípio da obrigatoriedade da persecução penal. Na Guatemala existe a previsão de que as ações públicas poderão ser transformadas em ações privadas, unicamente exercidas pela vítima, desde que seja possível a aplicação do princípio da oportunidade, quando se referirem a delitos da instância privada, ou ainda, quando o delito for contra o patrimônio. É importante salientar que duas dessas possibilidades são, ainda, reguladas como direito da vítima, pois não requerem autorização do Ministério Público e resultam na aplicação de normas da ação penal privada (BOVINO, 2005, p. 48-49).

7 *Plea bargain*

A *plea bargain*, de tradição anglo-saxônica, apesar de ser um modelo de justiça criminal consensual, não se confunde com as medidas postuladas pela legislação brasileira dos Juizados Especiais Criminais. Para que seja possível adentrarmos no assunto, é necessário destacar que nos Estados Unidos o âmbito da negociação é amplo, não se restringindo à criminalidade de pequena ou média gravidade, a atuação da acusação é irrestrita, pois vigora naquele país o princípio da oportunidade como princípio dispositivo, como a regra do sistema, não se sujeitando a qualquer controle político.

O processo sumário trazido pelo anteprojeto de CPP não se confunde com a *plea bargain*, a previsão é a da oportunidade como exceção ao princípio da obrigatoriedade, sujeita às limitações previstas no texto legal, e não uma atuação ampla, com poderes de disposição da ação penal sem balizamento em norma previamente existente.

7.1 *Plea bargain* nos Estados Unidos

De início, esclarece-se que a *plea bargain* pode ocorrer antes do julgamento. Consiste em um processo de negociação entre a acusação, o réu e seu defensor, que pode culminar em uma confissão de culpa (*guilty plea* ou *plea of guilty*) ou no *nolo contendere*, quando o réu não assume a culpa, mas declara que não quer discuti-la, isto é, não deseja litigar (CAMPOS, 2012, p. 10).

O *nolo contendere* possui o mesmo efeito da confissão de culpa, ou seja, o réu é imediatamente sentenciado no âmbito criminal. Mas, enquanto a *guilty plea* serve igualmente de confissão no campo da responsabilidade civil, o *nolo contendere* não produz qualquer efeito sobre eventual ação civil de reparação dos danos causados pelo crime. Quando não houver confissão de culpa ou *nolo contendere*, o caso irá a julgamento, que pode dar-se perante um magistrado togado ou perante um júri. O direito ao julgamento pelo júri para todas as infrações graves, com punição com prisão superior a 6 (seis) meses, é garantido pela 6ª Emenda à Constituição norte-americana (CAMPOS, 2012, p. 10).

A *plea bargain* é, em geral, obtida após o emprego, pela acusação, de coerção e normalmente se obtém em ambiente privado. É assegurada às autoridades a possibilidade de acusarem o réu por crime mais grave, caso não aceitem a proposta, ou de recomendarem a aplicação de pena mais severa, o que funciona como forte pressão sobre a decisão a ser tomada pela pessoa acusada. A negociação é ampla, pois ao titular da ação penal assegura-se uma discricionariedade quase que irrestrita sobre a persecução criminal (CAMPOS, 2012, p. 20).

Quando negociada a *plea bargain*, o Estado pode oferecer uma redução das acusações ou da sanção a ser aplicada na sentença em troca da confissão de culpa por parte do acusado. Quando isso ocorre, é agendada uma audiência para que ele manifeste sua decisão perante um magistrado. É, ao mesmo tempo, uma admissão de cometimento do delito e uma renúncia aos direitos que o réu teria caso decidisse ir a julgamento. Na audiência, o magistrado adverte o acusado sobre seus direitos e avalia a voluntariedade da decisão, bem como a ausência de coerção sobre o acusado (CAMPOS, 2012, p. 4).

Dessa maneira, pode-se constatar que o modelo anglo-saxão é o modelo que adota o princípio da oportunidade como regra e que deve ser aplicado em todas as circunstâncias. Inclusive, sendo cabível no caso de cometimento de crimes graves. Ao órgão acusatório é dada uma liberdade decisória ampla, podendo, quando achar conveniente, dispor da ação penal. Porém, essa falta de critérios certos e claros traz uma insegurança enorme ao

sistema punitivo, muito poder e pouco controle pode levar a uma atuação aleatória.

7.2 *Plea bargain* na Alemanha

Nos anos 70, Langbein escreveu um artigo em que descrevia a Alemanha como a “Terra sem *plea bargain*”. Destacou a obrigação do órgão acusatório alemão em promover a persecução penal quando houvesse prática de crimes considerados graves, e, a permissão da atuação discricionária quando do cometimento de crimes de menor e médio potencial ofensivo, caso não estivesse presente o interesse público em processá-lo ou, ainda, nos casos previstos em lei (FROMMANN, 2009, p. 197).

Salientou que, para que a obrigatoriedade da ação penal fosse respeitada, construiu-se um sistema punitivo que aguentasse a demanda. Segundo Langbein (1979, p. 206), a eficiência estatal explicava a ausência da *plea bargain*, uma vez que, ao confessar o acusado não evitava o julgamento, pois os casos que deveriam ser julgados já restavam previstos em lei, inclusive, com pena predeterminada. Então, diferentemente da *plea bargain* nos Estados Unidos, não era aceita a possibilidade de se ameaçar alguém com penas maiores para evitar-se o julgamento.

O procedimento alemão era diferenciado, primeiro realizava-se a oitiva do acusado para que fosse possível que a corte estabelecesse quais as acusações seriam genuinamente contestadas pela defesa. Após esse procedimento, seria possível determinar quais provas seriam necessárias para aferição de culpa. Como

o Estado alemão prezava pela eficiência da persecução criminal dos crimes que tinham como pena a restrição de liberdade, os julgamentos eram em pouca quantidade e de rápida execução. Nesses casos, ao confessar um crime grave o acusado diminuía o tempo do julgamento, porém não o evitava (LANGBEIN, 1979, p. 209).

Quando houvesse o cometimento de crimes de médio potencial ofensivo, caso em que o encarceramento estava fora de questão, a lei penal alemã permitia que fosse adotado um procedimento alternativo, retirando o julgamento e utilizando um procedimento concessivo. Para que a não ocorrência de julgamento fosse possível, os crimes deveriam estar previstos em lei. Quando não houvesse previsão legal, deveriam cumprir dois requisitos, quais sejam, a pouca culpabilidade e a falta de interesse público. Nesses casos, poderia ser exigido do réu uma medida alternativa, como fazer alguma doação para caridade, trabalho voluntário, restituir a vítima, dentre outros (LANGBEIN, 1979, p. 210-211).

Tempos depois, a escolha de política criminal alemã foi alterada. Maike Frommann (2009, p. 197) descreveu que a situação anteriormente explicitada havia mudado, destacou que o *plea agreements* havia virado uma realidade alemã. Os acordos firmados resultariam na não ocorrência de julgamento e, conseqüentemente, de uma sentença. Porém, por serem feitos de maneira informal, frequentemente levavam a alguns problemas, como, por exemplo, a pressão exercida pelo magistrado para que o acusado confessasse para evitar algumas penas.

Após alguns problemas ocasionados por esses fatos, o parlamento alemão adotou uma lei que regia o procedimento do *plea agreements*, ocasião em que a Alemanha incluiu o *plea bargain* em um sistema predominantemente inquisitorial. Restou previsto que, para evitar um julgamento com revolvimento probatório e possibilidade de contraditório, a defesa, a acusação e o juiz deveriam concordar com a sanção a ser cumprida pelo réu (FROMMANN, 2009, p. 197-198).

A mudança de postura adotada pela Alemanha demonstra mais uma vez a impossibilidade de se perseguir todas as condutas delituosas. Porém, seu sistema segue, hoje, de forma similar ao sistema americano, o que traz como consequência uma insegurança na sociedade. Tal fenômeno é ainda mais forte pela postura ativa dos juízes durante o processo de negociação, que deixa o defendente em uma posição muito complicada. Como será julgado pelo mesmo juiz que participou da negociação, a participação ativa do magistrado pode acabar levando a uma retaliação caso o acusado não queria aceitar o *plea bargain* ou, ainda, afetando a imparcialidade do julgador (FROMMANN, 2009, p. 201).

7.3 *Plea bargain* na Itália

Na Itália o sistema era dominado pelas leis tradicionais do Direito Civil, porém, sofreu uma drástica reforma que introduziu o *plea bargain - pantteggiamento*. O *pantteggiamento*, diferentemente do *plea bargain* alemão, limita o envolvimento

de juízes. Fromman discute em seu artigo a possibilidade do direito alemão adotar essa tão necessária limitação. O juiz italiano exerce apenas função de controle, supervisionando os termos do acordo, mas sem participar da negociação como no direito alemão (FROMMANN, 2009, p. 210).

Na reforma italiana, o juiz com poderes investigativos foi substituído e estendeu-se a previsão do *plea bargain*, tendo sido o primeiro sistema tradicional inquisitorial a acrescentar princípios do sistema adversarial. O *pantteggiamiento* foi criado com a intenção de simplificar o procedimento por meio do pronunciamento do resultado antes do julgamento, tem a intenção de economizar para o Judiciário e de melhorar o Judiciário lento e sobrecarregado (FROMMANN, 2009, p. 211).

Uma vez mais, restou demonstrada a necessidade de criação de meio alternativos de resolução de conflito, uma forma simplificada e abreviada de procedimento. Porém, o modelo italiano se preocupou com a manutenção da ética do sistema, com a autonomia decisória que garante a imparcialidade do juiz responsável pela tomada de decisões, configurando uma saída confiável e responsável como meio alternativo à obrigatoriedade tão pregada hoje (FROMMANN, 2009, p. 220).

8 Lei dos Juizados Especiais

Em relação à Lei dos Juizados Especiais, é preciso que destaquemos que a previsão expressa da transação penal e da suspensão condicional do processo significou o início de uma

tímida transição do ordenamento punitivo à adoção ao princípio da oportunidade. Essa mudança é o começo do reconhecimento de certa discricionariedade conferida ao órgão acusatório no exercício da ação penal. Sendo assim, presentes os requisitos legais, o Ministério Público tem o dever de oportunizar ao acusado os benefícios despenalizadores (CAMPOS, 2012, p.2).

No sistema norte-americano, como explanado em tópico próprio, a negociação na *plea bargain* é ampla e não se restringe à criminalidade de pequena e média periculosidade, a acusação tem poderes irrestritos, atuando com inteira discricionariedade. Além disso, exige-se a confissão de culpa, com a renúncia, pelo réu, a alguns direitos fundamentais. Tal instituto, porém, não se confunde com os previstos pela Lei 9.099/95.

A adoção de mecanismos negociais revela que o legislador optou por um modelo consensual de justiça criminal que propõe a solução dos conflitos penais através de formas como a conciliação, a mediação e a negociação. Essas mudanças poderiam ser uma solução ao sistema penal que se encontra em crise. A duração excessiva dos processos criminais faz com que a opinião pública tenha o sentimento de impunidade e a sensação de que o sistema penal é seletivo, deixando-se de investigar e punir inúmeros infratores por critérios não esclarecidos.

A referida lei rompe com o sistema de criação de novas tipificações, sanções desproporcionais e diminuição das garantias fundamentais. Busca introduzir um novo modelo de justiça criminal, que tem como base a ideia de consenso. A transação

penal é medida que substitui o oferecimento da denúncia criminal e integra essa ideia de direito negocial. Consiste na proposta feita pelo órgão de acusação de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multa. Não poderá, portanto, implicar imposição de pena de privação do *status libertatis* (CAMPOS, 2012, p. 9).

Já a suspensão condicional é oferecida após a formalização da acusação, sempre com a concordância do acusado. Após a aceitação, interrompe-se a persecução criminal, passando-se diretamente à execução das condições assumidas. Como obrigações pode-se citar a de indenizar a vítima, possibilitando, assim, a imediata ressocialização do infrator (CAMPOS, 2012, p. 10).

Nesse ponto, importante é destacar que a mudança deve levar em consideração as finalidades intencionadas pelo Direito Penal, melhorando a preocupação atual com a seleção informal realizada pelos órgãos responsáveis pela repressão penal, além de buscar nas medidas alternativas uma forma de se evitar o efeito estigmatizante do sistema de Justiça penal. Dessa maneira, a Lei dos Juizados Especiais Criminais, ao prever a transação penal e a suspensão condicional do processo, abriu espaço para atuação baseada no consenso e destacou, no debate jurídico brasileiro, a necessidade da adoção do princípio da oportunidade em contraposição ao princípio da obrigatoriedade.

9 Conclusão

A conceituação do princípio da obrigatoriedade da ação penal como sinônimo de princípio da legalidade é recorrente. Porém, no decorrer presente artigo foi possível demonstrar que tais preceitos são autônomos e merecem tratamento diferenciado. O princípio da legalidade deve estar sempre presente na atuação da autoridade competente, seja na aplicação do preceito da obrigatoriedade, seja na aplicação do preceito da oportunidade. É o princípio que garante que o interesse público seja preservado, que zela pela instrumentalização da atuação estatal e que veda a atuação fora dos ditames legais. Já a obrigatoriedade da ação penal fundamenta-se na busca pela Justiça, na busca pela verdade real no decorrer processual, é a obrigação conferida aos órgãos acusatórios de perseguir criminalmente toda e qualquer conduta considerada ilícita.

Quanto ao princípio da oportunidade, destacou-se que ele tem como finalidade, além da Justiça, a utilidade do Direito Penal, das penas aplicadas. Para que essa aplicação seja possível, consideram-se os fins almejados, analisando a opção político-criminal mais adequada e ponderando as consequências de se iniciar ou dar continuidade a uma ação penal, quando dela seria possível dispor ou negociar. A aplicação do referido preceito pressupõe a relação entre a Justiça, como meta, e a conveniência, como condução restritiva para essa meta, ou seja, por esse princípio, ao órgão acusatório seria conferido o direito de analisar

o caso concreto e, a partir dessa análise, escolher, dentro dos limites da lei, qual seria a medida mais adequada.

Porém, foi possível concluir que o princípio da oportunidade também sofre diversas críticas pertinentes. Os países que adotam a oportunidade como regra do sistema concedem ampla discricionariedade para a atuação dos órgãos acusatórios. Em alguns países de tradição anglo-saxã, o princípio da oportunidade causa grande insegurança e, nesse contexto, este modelo deve ser rechaçado. Os poderes, quase que ilimitados, concedidos às autoridades competentes, sem a possibilidade de controle, tornam a atuação extremamente arbitrária. Assim, para que a aplicação do princípio da oportunidade seja exitosa, é necessário um delineamento legal claro e o respeito ao princípio da legalidade é imprescindível, para evitar-se qualquer atuação aleatória por meio das autoridades competentes.

Como ferramentas do princípio da oportunidade destacaram-se o descongestionamento dos tribunais por meio da criação e da utilização de procedimentos sumários, com o consequente aumento do poder negocial ocasionado pela possibilidade de previsão de acordos extrajudiciais e resolução de conflitos por meio de medidas alternativas, conciliatórias, com o consentimento da vítima e o desenvolvimento de um tratamento diferenciado que, ao mesmo tempo, busque maior efetividade do sistema punitivo e o bem-estar daquele que teve seu direito atingido por terceiro. A reformulação do sistema deve abranger as políticas criminais atuais, priorizar a persecução penal de certas matérias

penais. A mudança na determinação de estratégias investigativas, que devem ser refeitas com base em objetivos fixados no combate ao crime, com a possível uniformização de tratamento em casos iguais.

Por essas razões, conclui-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública deveria ser a regra, porém, não um dever absoluto, possibilitando à autoridade competente a possibilidade de escolha dentro do que lhe é concedido legalmente. É essencial que haja uma previsão de limitação em prol do princípio da oportunidade quando as razões de interesse público autorizarem o não exercício da ação penal. Assim, havendo uma conduta delituosa, a situação deve ser analisada como um todo para descobrir a melhor medida a ser aplicada. A possibilidade da aplicação de outras sanções cabíveis, que não a restrição de liberdade, ou qualquer outra medida alternativa de resolução de conflito, mediante uma análise em que se avalie a necessidade, a utilidade do meio persecutório.

Dessa maneira, como o processo penal configura um instrumento de política criminal para o atingimento das finalidades do Direito Penal, concluiu-se, no presente artigo, a possibilidade de equilíbrio entre os princípios da obrigatoriedade da ação penal e da oportunidade, sempre com o respeito devido ao princípio da legalidade. O princípio penal foi visionado como direito da *ultima ratio*, como aquele que deveria tutelar apenas os direitos mais importantes da sociedade. Porém, com a expansão rápida do

Direito Penal em várias vertentes, não é isso que se observa no momento atual.

A busca pela resolução de qualquer conflito por meio do processo penal causa uma sobrecarga no sistema punitivo. E é por isso que se deve restringir a obrigatoriedade às condutas mais graves, que merecem uma resposta estatal mais rápida e mais grave, aumentando, desta forma, a eficiência da administração da Justiça. Tal reformulação possibilitaria uma diminuição de casos que sobrecarregam os tribunais e que podem ser solucionados por meio de medidas alternativas e mais eficientes, possibilitando, assim, que a sociedade recobre a confiança na Justiça, diminuindo a imagem de impunidade que hoje é vivida pela sociedade.

Title: The principle of opportunity as an instrument in the struggle against the inefficacy of the Brazilian Justice System

Abstract: The article deals with the principles of legality, mandatory criminal prosecution and opportunity, and, for that purpose, it considers the conjuncture of the current punitive system. The possibilities of adopting different criminal policies options will be indicated, analyzing the relationship between justice as a goal and the convenience as a restrictive mean to achieve it. The problem is relevant when assessing the overload of the Brazilian courts and the mass imprisonment. In the international legal community, it is already possible to observe an international tendency to adopt the principle of opportunity in the exercise of criminal prosecution. Such fact occurs due to the clear impossibility of demanding from the public prosecutor a successful performance when it is required to investigate and prosecute all criminal offenses. The improvement of the punitive system is necessarily evident, due to the importance of the principle of opportunity as an instrument in the struggle against the inefficiency of the administration of justice. In order to make that possible,

we will make an accurate documentary analysis and a specific bibliographic review on the matter. Finally, the article aims to stress that a reform is needed, allowing a more transparent performance, decreasing random decisions and always respecting the principle of legality.

Keywords: Principle of legality. Criminal prosecution. Mandatory criminal prosecution. Principle of opportunity in the criminal prosecution. Reform in the administration of justice.

Referências

BINDER, Alberto. *Justicia penal y Estado de Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: AdHoc, 2004.

BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156, de 2009*. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

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

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CAMPOS, Gabriel. Plea bargain e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, Brasília, p. 1-26, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1969). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica*. San José. Washington, D.C: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. *Recommendation nº R (87) 18 of the Committee of Ministers to member States concerning the simplification of Criminal Justice* (Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers' Deputies). Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804eaa5c>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Bordenkircher v. Hayes*, 1978. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/357/case.html>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Brady v. United States*, 1970. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/case.html>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

FROMMANN, Maïke. Regulating Plea-Bargaining in Germany: can the italian approach serve as a model to guarantee the independence of german judges? *Hanse Law Review*, Bremen, v. 5, n. 1, p. 197-220, 2009. Disponível em: <<http://hanselawreview.eu/wp-content/uploads/2016/08/Vol5No2Art04.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais*: doutrina, São Paulo, v. 8, p. 54-66, 2006. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2008_54.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2017.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*: princípio da obrigatoriedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LANGBEIN, John. Land without plea bargain: how the Germans do it. *Michigan Law Review*, v. 78, n. 2, p. 205-224, 1979.

Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=67145>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SEMINÁRIO ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO, Ação 7, 2016, Brasília. *Eficácia da persecução penal em face do princípio da obrigatoriedade*. Brasília, ENCCLA, 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/relatorios/seminario-enccla-acao-7-sintese-dos-paineis.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

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

AZEVEDO, Bárbara Lima Rocha. Princípio da oportunidade como instrumento de enfrentamento da ineficácia na justiça brasileira. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 11, p. 503-558, 2019. Anual.

Submissão: 11/7/2017

Aceite: 30/9/2017

Normas editoriais para os autores

A Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios destina-se à publicação de artigos jurídicos ou matérias correlatas, com a finalidade de incrementar os estudos de temas relevantes para a área de atuação do Ministério Público. Os artigos publicados serão prioritariamente de autoria de membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, mas serão admitidos também trabalhos dos servidores desta instituição e de outros colaboradores externos desde que o Conselho Editorial entenda ser o tema abordado pertinente.

Os trabalhos originais inéditos para publicação na *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, versão impressa ISSN 1518-0891 e versão eletrônica ISSN 2237-9770, periodicidade anual, devem ser encaminhados para o seguinte endereço eletrônico: *conedit@mpdft.mp.br*. Após o recebimento, o Conselho Editorial enviará o aviso de recebido ao autor.

Os textos encaminhados para publicação não podem ter sido publicados nem estar pendentes de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.

O Conselho Editorial ficará à disposição dos autores para dirimir possíveis dúvidas sobre o andamento do processo de análise/avaliação dos textos enviados, por meio do endereço eletrônico: *conedit@mpdt.mp.br*.

Os artigos serão submetidos à apreciação do Conselho Editorial da Revista pelo sistema *blind peer review*/revisão cega

por pares. O referido sistema de avaliação garante o anonimato dos autores, pareceristas e demais responsáveis pelo processo de avaliação.

A Revista adota as normas de informação e documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e o Manual de Apresentação Tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

O Conselho Editorial poderá aceitar ou vetar qualquer original recebido que não estiver de acordo com as normas editoriais da Revista. Assim como propor e/ou efetuar eventuais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical para adequação dos textos, respeitando, porém, o estilo dos autores. O material recebido e não publicado, bem como as provas finais, não serão devolvidos aos autores.

Os autores dos artigos aprovados devem encaminhar ao Conselho Editorial o formulário *Termo Geral de Autorização para Depósito e Publicação na Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios* impresso ou digitalizado, devidamente preenchido e assinado. Esse documento será válido por todo o prazo de direitos patrimoniais de autor, previsto na Lei Autoral Brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico. Não serão devidos direitos autorais ou prestada qualquer remuneração pela licença de publicação dos trabalhos na Revista. O autor cujo trabalho tenha sido publicado receberá 1 (um) exemplar da Revista.

Os artigos publicados na *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios* poderão ser republicados, total ou parcialmente, por outra publicação periódica, 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 páginas.

Caso a publicação tenha ilustrações (gráfico, desenho, gravura e/ou imagem), devem ser enviadas em preto e branco.

As tabelas devem ser apresentadas conforme o “Manual de Apresentação Tabular” do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os realces das linhas ou colunas devem ser em escala de cinza.

Os textos devem ser redigidos em fonte *Times New Roman*, tamanho 12, espaçamento entrelinhas de 1,5. Os parágrafos devem ser justificados, com recuo especial de 1 (um) cm na primeira linha; sem espaçamentos antes ou depois. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso do *itálico*,

sem utilização do negrito ou sublinhado. As expressões em língua estrangeira devem ser destacadas com o uso do *itálico*.

Para fins de avaliação por meio do método *blind peer review*/revisão cega por pares, os trabalhos originais não poderão conter identificação do autor. Dessa forma, os artigos devem ser precedidos por uma folha de rosto em que se fará constar: título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos (doutorado, mestrado e/ou especialização) e instituição à qual pertença e o cargo ocupado. As informações contidas na folha de rosto são de responsabilidade exclusiva do autor.

Os artigos devem ser apresentados de forma completa, contendo: 1. *Elementos pré-textuais*: a) título e subtítulo (se houver) em português; b) resumo informativo em português (de 100 a 250 palavras); c) relação de palavras-chave em português - no máximo 7 (sete); d) sumário. 2. *Elementos textuais*: a) introdução; b) desenvolvimento; c) conclusão. 3. *Elementos pós-textuais*: a) título e subtítulo (se houver) em inglês; b) resumo informativo em inglês - abstract; c) relação de palavras-chave em inglês - *keywords*; d) referências; e) anexos (se houver), conforme a ABNT NBR 6022/2018.

O sumário que precede o texto do artigo deve ser numerado com as divisões do texto, que devem ser feitas em algarismos arábicos (conforme a norma da ABNT NBR 6024/2012), e cada divisão será separada da outra por ponto e espaço. Introdução e referências não devem ser numeradas.

As referências devem ser feitas de acordo com a ABNT NBR 6023/2018, apresentadas ao final do texto, organizadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda. Devem constar nas referências apenas as obras que foram consultadas e têm parte transcrita no texto. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto são de responsabilidade do autor.

As citações devem seguir as normas da ABNT NBR 10520/2002. Citações diretas com mais de três linhas devem constituir um parágrafo com alinhamento justificado, espaçamento entrelinhas simples, fonte tamanho 10, recuo de 4 cm da margem esquerda e sem aspas. As citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas.

Para enfatizar trechos da citação, deve-se destacá-los com realce itálico indicando esta alteração com a expressão “grifo nosso” ou “grifo do autor”. As citações devem ser indicadas no texto pelo sistema de chamada autor-data. As expressões em língua estrangeira devem ser padronizadas, destacando-se em itálico.

As notas de rodapé devem seguir a norma da ABNT NBR 10520/2002. Devem ser apenas do tipo “notas explicativas”, usadas para comentários, esclarecimentos ou explanações que não possam ser incluídos no texto ou em casos em que sua inserção no texto cause uma interrupção muito grande na leitura. Não devem ser inseridas referências bibliográficas em notas de rodapé.

Os artigos devem atender a todas as Normas Editoriais de publicação. O Conselho Editorial não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como: inserção de sumário, resumo, palavras-chave (em português ou inglês), referências, que ficam sob a responsabilidade do(s) autor(es).

Os textos devem ser desenvolvidos em linguagem adequada a uma publicação técnico-científica e a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do *Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa*, a partir de 1º de janeiro de 2009. As citações de obras publicadas antes do Acordo devem respeitar a ortografia original.

As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

