

ISSN 1518-0891

Revista

do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

10
2016



n. 10 • 2016

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

n. 10 • 2016

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – MPDFT

Leonardo Roscoe Bessa
Procurador-Geral de Justiça

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

Gladaniel Palmeira de Carvalho
Corregedor-Geral

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

Wagner de Castro Araújo
Diretor-Geral

CONSELHO SUPERIOR DO MPDFT

Presidente: Leonardo Roscoe Bessa
Procurador-Geral de Justiça

Vice-Presidente: José Firmo Reis Soub
Procurador de Justiça

Secretária: Arinda Fernandes
Procuradora de Justiça

Corregedor-Geral: Gladaniel Palmeira de Carvalho
Procurador de Justiça

CONSELHEIROS

Ruth Kicis Torrents Pereira
Procuradora de Justiça

Benis Silva Queiroz Bastos
Procuradora de Justiça

Arinda Fernandes
Procuradora de Justiça

José Firmo Reis Soub
Procurador de Justiça

Antônio Ezequiel de Araújo Neto
Procurador de Justiça

Petrônio Calmon Alves Cardoso Filho
Procurador de Justiça

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

Katie de Sousa Lima Coelho
Procuradora de Justiça

Mauro Faria de Lima
Procurador de Justiça

Conselheiros Suplentes
Eduardo José Oliveira de Albuquerque
Procurador de Justiça

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

n. 10 • 2016

R. Minist. Públ. Dist. Fed. Territ.	Brasília	n. 10	p. xx	2016
-------------------------------------	----------	-------	-------	------

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

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

CONSELHO EDITORIAL

Tânia Maria Nava Marchewka <i>Procuradora de Justiça</i>	Roberto Carlos Batista <i>Promotor de Justiça</i>
Olinda Elizabeth Cestari Gonçalves <i>Procuradora de Justiça</i>	Rodolfo Cunha Salles <i>Promotor de Justiça</i>
Vitor Fernandes Gonçalves <i>Procurador de Justiça</i>	José Theodoro Correa de Carvalho <i>Promotor de Justiça</i>
Wanessa Alpino Bigonha Alvim <i>Promotora de Justiça</i>	Pedro Thomé de Arruda Neto <i>Promotor de Justiça</i>
Bruno Amaral Machado <i>Promotor de Justiça</i>	Dermeval Farias Gomes Filho <i>Promotor de Justiça</i>
Cláudia Maria de Freitas Chagas <i>Promotora de Justiça</i>	Raquel Tiveron <i>Promotora de Justiça</i>
Roberto Carlos Silva <i>Promotor de Justiça</i>	

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do MPDFT

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

Anual.

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

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

Volume e número substituídos só por número: n. 8 (2014).

ISSN 1518-0891.

ISSN 2237-9770 (versão eletrônica).

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

CDD 340

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

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

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

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



Editora MPDFT

Tiragem: 300 exemplares

SUMÁRIO

Prefácio	7
Editorial	11
A influência da Vitimologia na legislação penal brasileira <i>Cristiane Denise de Freitas</i>	19
Ministério Público e o atendimento à vítima no processo penal <i>Lia de Souza Siqueira</i>	75
Entre o afeto e a violência: a infração juvenil no contexto da violência doméstica <i>Nino Franco</i>	115
A responsabilidade moral do Ministério Público na individualização dos atos infracionais dos adolescentes em conflito com a lei. <i>Ana Cláudia de Souza Valente</i>	151
Estigmatização do transtorno mental: os portadores de sofrimento psíquico no sistema penal brasileiro <i>Gabriele Vendruscolo Braga</i>	193
Camisa de força socioeducativa: internação compulsória como medida protetiva ou como medida punitiva para adolescentes em conflito com a lei? <i>Bruna Mello de Miranda Fernandes</i>	237
Audiência de custódia: função, direito e realidade no Brasil <i>João Paulo Rodrigues de Carvalho</i>	273

Os prazos processuais e suas inovações no novo Código de Processo Civil

José Amilton Torquato315

O poder de investigação direta pelo Ministério Público no julgamento do Re 593.727/MG: o papel do Supremo Tribunal Federal

Alexandre Cezar Silva Gonçalves de França369

Confisco alargado e ação civil de extinção de domínio: avaliação de impacto legislativo de duas propostas de combate à corrupção

*João Trindade Cavalcante Filho e
Juliana Magalhães Fernandes Oliveira*413

Sonegação tributária e tarifária: ainda a distinção entre tributo e tarifa

Leonardo de Medeiros Fernandes441

A força expansiva das decisões do STF e sua vinculação ao ajuizamento de reclamação

Karen Kimie Taniguchi Santos481

Ativismo judicial versus o princípio da separação dos poderes

Rodrigo Silva de Andrade533

Possibilidade jurídica de instituição de normas penais incriminadoras pela via dos tratados internacionais

Valerio de Oliveira Mazzuoli e Paulo Queiroz589

Prefácio

Esta é a décima edição da Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Destaco que é uma honra escrever este prefácio, principalmente por se tratar de uma publicação histórica, que celebra uma década de dedicação ao estudo de temas relevantes à atuação ministerial, ao diálogo acadêmico, à construção de conhecimento e à pesquisa na área do Direito.

Registro, de início, meu apreço e reconhecimento ao trabalho de todos os que fizeram desta revista, ao longo dos últimos anos, uma referência não apenas no âmbito do Ministério Público, mas em todo o sistema judiciário. De forma voluntária e engajada, procuradores, promotores de Justiça e servidores compartilharam conhecimento e experiências, reuniram dados, analisaram informações e ofereceram um novo olhar sobre questões fundamentais ao cumprimento das leis e à proteção da sociedade.

Tamanho esforço ganha maior relevância em momentos de crise econômica e cortes orçamentários, sobretudo nas áreas de pesquisa e educação. Recordo que, somente no ano passado, o orçamento federal para a ciência foi reduzido em 44% e alcançou o valor mais baixo dos últimos 12 anos. É uma situação indesejável, que agrava a crise atual, uma vez que o patrocínio de projetos de pesquisa e o estímulo à inovação são os motores que impulsionam o desenvolvimento sustentável. Sem a promoção

de novos saberes, fica difícil achar alternativas inteligentes e vislumbrar um futuro promissor.

Cabe então às instituições e aos agentes públicos trabalhar pela difusão do conhecimento e construir caminhos alternativos. No caso deste Ministério Público, tal missão tem sido desempenhada com louvor por todos aqueles que contribuíram e continuam a produzir material acadêmico de inquestionável qualidade. Os textos aqui reunidos são frutos do cruzamento e da análise de dados, da aprendizagem diária que alia teoria e prática na vivência das Promotorias de Justiça. Novas perspectivas são geradas à medida que se modifica o olhar sobre a realidade, algo que se torna possível por meio do questionamento, da inquietação e da reflexão, tão necessária ao crescimento pessoal e institucional.

Nesse aspecto, a Revista do MPDFT traz sua contribuição ao incentivar a produção de artigos acadêmicos voltados à compreensão da realidade social e à busca do aprimoramento do serviço ao cidadão. Uma organização, seja pública, seja privada, não se desenvolve a contento nem se adapta facilmente às mudanças contemporâneas se não for capaz de rever sua própria atuação, de revisitar conceitos, de incentivar a busca do conhecimento científico e dele extrair os elementos para melhorar sua gestão.

Por tudo isso, é justo e necessário reconhecer o excelente trabalho desempenhado pelo Conselho Editorial da Revista e agradecer a todos que contribuíram para mais uma edição, seja na produção dos artigos, seja nas atividades administrativas e de

apoio. Registro agradecimento especial à procuradora de Justiça Tania Maria Nava Marchewka, que conduz esse projeto com dedicação e profissionalismo.

A todos, uma boa leitura!

Leonardo Bessa
Procurador-Geral de Justiça

Editorial

O Conselho Editorial da Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios partiu para novas batalhas após o ano de 2015. A décima edição da Revista representa justamente isto: a superação de diversos obstáculos, sinalizando que os objetivos da Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios estão cada vez mais consolidados.

Realça-se, nesta publicação, a presença de artigos inéditos que exploram temas atuais e instigadores de pesquisa e de debate sociojurídico. A diversidade dos temas trabalhados pelos autores é um estímulo à leitura desta obra, pois apresenta questões contundentes não apenas no âmbito jurídico, mas também no social, como quando aborda a questão da punição de infratores com transtorno mental, e no político, ao trazer um artigo que traz desdobramentos de um dos pontos tratados na campanha “10 medidas contra a corrupção”, por exemplo.

No primeiro artigo, “A influência da vitimologia na legislação penal”, Cristiane Denise de Freitas analisa a influência da Vitimologia na legislação penal brasileira para apresentar proposta que vise à maior proteção da vítima. A autora destaca que, especialmente na década de 90, notaram-se reflexos dos estudos vitimológicos na legislação penal brasileira. Atualmente, embora esse processo seja crescente na nossa legislação penal, a proteção à vítima ainda carece de efetivação. Segundo a autora,

ela só será propiciada por meio de políticas públicas e de uma maior participação da vítima na condução do processo criminal.

Por outro lado, Lia de Souza Siqueira, no artigo “Ministério Público e o atendimento à vítima no processo penal”, aborda os fundamentos constitucionais das contribuições do Ministério Público no atendimento à vítima no processo penal. Destaca o Ministério Público como garantidor dos direitos fundamentais, inclusive, na esfera penal, na qual contribui com o aperfeiçoamento de procedimentos para que sejam dotados de maior participação democrática e de garantias para o atendimento das vítimas. Como argumento prático, estuda a atuação ministerial no atendimento à vítima nos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, na violência doméstica e familiar contra a mulher e nas propostas de justiça restaurativa.

Já Nino Franco, em seu texto “Entre o afeto e a violência: a infração juvenil no contexto da violência doméstica”, discorre sobre a aplicabilidade da legislação brasileira acerca da violência doméstica aos casos de agressões contra a mulher praticadas por adolescentes. Analisa brevemente as teorias que buscam explicar o fenômeno e aborda os aspectos procedimentais relativos à aplicação dos dispositivos legais na prática forense. Defende a abordagem judicial e terapêutica como forma de resolução dos conflitos e reforça a importância da proteção da mãe, da irmã, e da companheira adolescente.

Ana Cláudia de Souza Valente, no artigo “A responsabilidade moral do Ministério Público na individualização dos atos

inflacionais dos adolescentes em conflito com a lei”, analisa a perspectiva da proteção integral, abordando os adolescentes como sujeitos de direitos, Nessa linha, suscita a necessidade de responsabilização diferenciada, dando ênfase ao papel do Ministério Público na garantia dos direitos dos adolescentes para se efetivar o direito fundamental à individualização e a excepcionalidade da medida socioeducativa de internação.

Já Gabriele Vendruscolo Braga, no artigo “Estigmatização do transtorno mental: os portadores de sofrimento psíquico no sistema penal brasileiro,” disserta sobre o tratamento penal oferecido aos doentes mentais em conflito com a lei, destacando as medidas de segurança. Mediante uma análise criminológica, a autora faz um breve retrospecto bibliográfico para demonstrar que a punição de criminosos portadores de transtornos mentais ainda se baseia em um modelo manicomial. Defende um caminhar em direção a uma sociedade mais humanizada e democrática em relação a punição a esse grupo de pessoas.

No artigo “Camisa de força socioeducativa: internação compulsória como medida protetiva ou medida punitiva para adolescente em conflito com a lei?”, Bruna Mello de Miranda Fernandes analisa a legitimidade da intervenção judicial para efetivar o tratamento de transtornos mentais ou comportamentais graves decorrentes da dependência química. Examina, ainda, a constitucionalidade e a viabilidade da internação compulsória, considerando a (in)existência de políticas públicas ou de programas governamentais voltados para o adolescente dependente químico.

Já no artigo “Audiência de custódia: função, direito e realidade no Brasil”, o autor teve demonstra os contornos e a função da audiência de custódia. João Paulo Rodrigues de Carvalho aborda a questão da prisão sob a perspectiva da criminologia crítica, descrevendo teorias sobre o fenômeno criminal e propostas normativas de afirmação de direitos humanos. Faz uma comparação entre o resultado da pesquisa teórica e a observação da pesquisa de campo feita em vinte audiências de custódia, confirmando a função preventiva dessa nova medida de política criminal em meio a sua recente implementação no ordenamento jurídico nacional.

As significativas mudanças ocorridas em relação aos prazos processuais no novo Código de Processo Civil foram abordadas por José Amilton Torquato. Em seu artigo “Os prazos processuais e suas inovações no Código de Processo Civil”, o autor monta um quadro comparativo entre os prazos no Código de Processo Civil de 1973 e os trazidos pela Lei nº 13.105/15. O foco é analisar as mudanças desses prazos e o critério de contagem deles que, em regra, passa a ser em dias úteis.

O estudo de Alexandre Cesar Silva Andrade de França sobre o “Poder de investigação direta pelo Ministério Público no julgamento do RE 593.727/MG: o papel do Supremo Tribunal Federal” analisa a amplitude dos argumentos utilizados no julgamento do RE 593.727/MG, que reconheceu o poder de investigação direta e autônoma ao Ministério Público brasileiro. O autor propõe reflexão ao papel que o Supremo Tribunal Federal

poderia ter alcançado com a abordagem de pontos controversos que circundam a temática.

No trabalho “Confisco alargado e ação civil pública, João Trindade Cavalcante Filho e Juliana Magalhães Fernandes Oliveira destacam duas medidas, dentre as “10 Medidas contra a Corrupção” apresentadas pelo MPF, que têm foco nos efeitos patrimoniais dos crimes. Defendem que o Direito Penal deve preocupar-se com os tipos de criminalidade da complexa sociedade moderna, merecendo atenção do legislador os crimes que atingem bens jurídicos transindividuais. Assim, são apresentados ao leitor o confisco alargado e a ação civil de extinção de domínio. Defendem que a perda civil de bens pode se mostrar uma alternativa juridicamente viável e de natureza reparatória e destacam a necessidade de proteção do direito de terceiros de boa-fé para assegurar a constitucionalidade da medida.

O tema “Sonegação tributária e tarifária: ainda a distinção entre tributos e tarifas” foi abordado no artigo de Leonardo Medeiros Fernandes. O autor define tributos e tarifas enfatiza que essas receitas orçamentárias possuem naturezas jurídicas distintas, o que repercute, em princípio, nos casos de sonegação fiscal ou tarifária. Ademais, pontua que o contribuinte do tributo remunera serviço público, universal ou singular, utilizado efetiva ou potencialmente, nos termos do Código Tributário Nacional. Em contrapartida, o pagador de tarifa, o consumidor, vincula-se por meio de um contrato ao serviço público singular utilizado apenas efetivamente, estando amparado pelo Código de

Defesa do Consumidor. Por fim, enfatiza a legislação tributária, consumerista, penal e processual, para o deslinde dos problemas propostos à luz da jurisprudência dos tribunais do país.

No artigo “A força expansiva das decisões do STF e sua vinculação ao ajuizamento de reclamação”, Karen Kimie Taniguchi Santos analisa o instrumento da resolução do Senado Federal indicado no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal no cenário atual. Enfatiza que a eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, não significa que o efeito expansivo das decisões do Supremo Tribunal Federal sempre dependa de uma atuação do Senado Federal. Entende que, conseqüentemente, o fato de outras decisões da suprema corte terem força *ultra partes* não induz, necessariamente, à possibilidade da exigência de seu cumprimento via reclamação, abandonando-se a função de corte de revisão e reforçando a função de corte constitucional.

Por sua vez, Rodrigo Silva Andrade, em seu artigo “Ativismo judicial *versus* o princípio da separação dos poderes” considera o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais ocorridas no Brasil, levando questões de relevância política, social ou moral a serem discutidas primordialmente em sede judicial. Entende o ativismo tem se instalado no Brasil em cenários de retração do Poder Legislativo, de certo afastamento entre a classe política e a sociedade civil. Assim, pontua que o ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins

constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

Por fim, no artigo “Possibilidade jurídica de instituição de normas penais incriminadoras pela via dos tratados internacionais”, os autores Valério de Oliveira Mazzuoli e Paulo Queiroz apresentam uma interessante discussão a respeito do assunto trabalhado, contrariamente ao que tem reiteradamente decidido o Supremo Tribunal Federal. Entendem que, por coerência ao *status* (no mínimo) supralegal que detêm os tratados de direitos humanos no Brasil, não há restrição jurídica em serem estabelecidas normas penais incriminadoras por meio de tratados internacionais.

O Conselho Editorial disponibiliza a 10ª edição da Revista do MPDFT à comunidade jurídica com a intenção de contribuir para a evolução do pensamento jurídico e científico objetivando conduzir a uma prática que efetivamente distribua uma justiça social pautada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Este repositório pôde ser desenvolvido graças à idealização e ao apoio do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Leonardo Rosce Bessa, e à colaboração dos autores, do Conselho Editorial e de todos os servidores que se empenharam para atuarem nas diversas fases de sua edição.

Tânia Maria Nava Marchewka
Coordenadora do Conselho Editorial

A influência da Vitimologia na legislação penal brasileira

Cristiane Denise de Freitas

Analista Judiciário/Área Judiciária do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Bacharel em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Goiás. Licenciada em Letras pela Universidade Estadual de Goiás.

Resumo: O artigo busca analisar a influência da Vitimologia na legislação penal brasileira e apresentar proposta que vise à maior proteção da vítima. No tocante ao espaço da vítima no Direito Penal, considera-se a existência de três grandes momentos: a “idade de ouro” da vítima; a neutralização do poder da vítima; e a revalorização do papel da vítima. Especialmente na década de 90, notaram-se reflexos dos estudos vitimológicos na legislação penal brasileira, embora a vítima já fosse, ainda que timidamente, considerada em diplomas legais. A influência da Vitimologia na legislação penal brasileira tem sido crescente, o que é visto tanto no Código Penal atual, como no projeto do Novo Código Penal ou na legislação especial, em especial nas Leis 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 9.099/1995, que trata dos Juizados Especiais; 9.807/1999, referente à proteção a vítimas e testemunhas; 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro); 11.340/2006, que versa sobre a proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar e 10.791/2003 (Estatuto do Idoso). A proteção da vítima carece ainda de efetivação, o que pode ser alcançado por meio de políticas públicas e de uma maior participação da vítima na condução do processo criminal.

Palavras-chave: Vítima. Vitimologia. Direito Penal. Legislação penal.

Sumário: Introdução. 1 A vítima e o Direito Penal: esboço histórico. 1.1 A “idade de ouro” da vítima. 1.2 A neutralização do poder da vítima. 1.3 Revalorização do papel da vítima. 1.4 Vitimologia. 1.5 Vitimologia no Brasil: os primeiros trabalhos. 2 A influência da Vitimologia na legislação penal brasi-

leira. 2.1 A Vitimologia no Código Penal Brasileiro de 1940. 2.2 Lei 2.889/1956 – Crime de Genocídio. 2.3 Lei 7.209/1984 – Adoção de princípios vitimológicos no Código Penal brasileiro. 2.3.1 Comportamento da vítima – artigo 59. 2.3.2 Reparação do dano. 2.3.3 Legítima defesa. 2.3.4 Atenuante genérica. 2.3.5 Pena de prestação pecuniária. 2.3.6 Código Penal – Parte Especial. 2.4 Constituição da República. 2.5 Consentimento do ofendido. 2.6 Legislação penal especial. 2.6.1 Lei 8.069/1990. 2.6.2 Lei 9.099/1995. 2.6.3 Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro. 2.6.4. Lei 9.807/1999 – Proteção a vítimas e testemunhas. 2.6.5 Lei 10.791/2003 – Estatuto do Idoso. 2.6.6 Lei 11.340/2006 – Violência doméstica e familiar contra a mulher. 2.7 Projeto de Lei do Senado (PLS) 236/2012 – Novo Código Penal. 3 O espaço da vítima no Direito Penal: um olhar. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

O artigo tem como tema central a Vitimologia, que pode ser sucintamente definida como o estudo da vítima, abordando-se, especificamente, sua influência na legislação penal brasileira.

O termo Vitimologia refere-se ao estudo da personalidade da vítima no que concerne aos aspectos biológico, psicológico e social, bem como à relação de interdependência entre criminoso e vítima, tendo por finalidade estabelecer medidas que evitem a vitimização de uma pessoa (OLIVÉ et al., 2011, p. 705). O presente artigo objetiva apresentar um esboço histórico do papel ocupado pela vítima no âmbito do Direito Penal, analisar a influência dos estudos vitimológicos na produção legislativa brasileira e apresentar críticas e sugestões sobre o tema. Abordam-se exemplos da influência desse campo de estudo em nossa

legislação penal desde o Código Penal de 1940 até o projeto do novo Código Penal (PLS 236/2012).

O tema sob análise ganha relevância para o mundo jurídico quando se considera que o crime é um fenômeno que envolve tanto o autor do fato como sua vítima. Isso leva a concluir que a compreensão da prática do crime só pode ser alcançada de forma completa quando se tem uma atenção voltada para todos os seus elementos.

1 A vítima e o Direito Penal: esboço histórico

Conforme afirma Lélío Braga Calhau, muitos são os conceitos de vítima, a depender da perspectiva, do foco ou estudo a ser realizado. Ao citar Elida Séguin, menciona que vitimizar é “deixar desatendido qualquer direito básico do homem, nele incluídos os Direitos Humanos, os Direitos Fundamentais agasalhados na Constituição e os princípios densificadores do Estado Democrático” (SÉGUIN, 2001 apud CALHAU, 2003, p. 21).

Numa abordagem jurídica restrita à área criminal, considera-se vítima aquela que “é atingida pela violação de normas de direito penal, ou, em outras palavras, devido à prática de crime.” Contudo, não se pode esquecer que a vítima de um crime pode, em decorrência do delito, sofrer prejuízos de ordem civil e/ou administrativa, sendo possível seu envolvimento num processo criminal a fim de defender interesses extrapenais (FERNANDES, 1995, p. 42).

A vítima constitui um dos objetos de estudo da Criminologia, assim como o delito, o delinquente e o controle social (SHECAIRA, 2013, p. 40). Antonio Scarance Fernandes menciona que, no século XX, a vítima foi um tema acrescentado aos estudos do Direito Penal, os quais haviam evoluído em torno do crime e de seu autor e aponta, ainda, a importância do estudo da vítima para a compreensão completa da prática do crime (FERNANDES, 1995, p. 23-24).

Nos últimos dois séculos, a vítima foi quase esquecida pelo Direito Penal, e teve seu papel resgatado apenas com os estudos criminológicos. No que se refere ao seu protagonismo nos estudos penais, convencionou-se dividir os tempos em três grandes momentos: a “idade de ouro” da vítima; a neutralização do poder da vítima; e a revalorização do papel da vítima (SHECAIRA, 2013, p. 49).

1.1 A “idade de ouro” da vítima

Esse período se inicia na Antiguidade e começa a mostrar enfraquecimento na Idade Média. Nos dizeres de Antonio Scarance Fernandes, essa primeira fase corresponde às etapas de vingança privada ou de sangue e da justiça privada (FERNANDES, 1995, p. 12, 15).

Na primeira etapa, a vítima agia por suas próprias forças ou com o apoio da comunidade. A vingança constituía-se, geralmente, em imposição ao ofensor de males físicos, morte ou tomada de seus bens materiais. Como, normalmente, envolvia

também a família, isso gerava lutas sangrentas responsáveis por eliminações de grupos inteiros. Cabia à vítima e a sua tribo a punição do ofensor e de seu clã (FERNANDES, 1995, p. 13).

Com as primeiras organizações sociais mais estruturadas, percebeu-se que a vingança privada implicava a dizimação das tribos. Seguiu-se, então, a etapa da justiça privada, na qual a vítima e seus parentes dirigiam-se a uma autoridade pública encarregada de verificar se eram obedecidas determinadas regras e se a vingança não ultrapassava limites previstos pelas normas religiosas ou jurídicas (FERNANDES, 1995, p. 13-14). A composição pecuniária era admitida e constituía, para o ofensor, o preço de sua paz. A vítima poderia optar entre a reparação do dano e o processo, no qual era também determinado o pagamento de soma em dinheiro à vítima (FERNANDES, 1995, p. 15).

1.2 A neutralização do poder da vítima

O prestígio vivenciado pela vítima começa a declinar na Idade Média, quando os senhores feudais, a igreja e os reis passaram a ser responsáveis pela punição dos ofensores (FERNANDES, 1995, p. 15). A maior parte da condenação pecuniária ou da apropriação dos bens dos condenados era destinada aos senhores feudais, ao clero ou aos reis. Aos lesados, restava pouco ou nada (FERNANDES, 1995, p. 15).

Quando ocorre o fortalecimento das Monarquias e do Estado Moderno, a vítima é definitivamente colocada em segundo plano. O Direito Penal é considerado de ordem pública. O crime passa

a ser visto como ofensa à ordem social, e cabe, então, ao Estado reprimi-lo (FERNANDES, 1995, p. 15). À vítima restava o dever de noticiar o fato e de contribuir com a apuração da verdade, podendo pleitear interesses de natureza civil, mas, raramente, interesses de ordem penal (FERNANDES, 1995, p. 25).

Voltam-se as preocupações para o réu. As penas são humanizadas, haja vista a influência do Iluminismo e da Escola Clássica. Desenvolvem-se os estudos sobre a pessoa do delinquente, e a vítima é relegada a plano inferior pelos estudiosos, sob o argumento de que sua participação no processo criminal era “movida por sentimento de vingança, não de justiça” (FERNANDES, 1995, p. 16).

1.3 Revalorização do papel da vítima

Passadas as duas guerras mundiais, a atenção é novamente voltada para a vítima, especialmente devido à escalada do crime e do crescimento da criminalidade violenta e da criminalidade organizada, acrescentando-se a isso as vítimas de violações dos direitos humanos por governos e órgãos oficiais (FERNANDES, 1995, p. 18).

O Direito Penal moderno colocou a vítima na função de protagonista do próprio processo penal, pois já pode pleitear ali a reparação do dano. Isso não caracteriza um retorno aos tempos da vingança privada, haja vista o controle pelo juiz e pelo Ministério Público e limita-se, em geral, à reparação do dano, mas é um avanço (PORTO, 2014, p. 70).

Antonio Scarance Fernandes menciona que a visão tradicional passou a ser contestada no século XX e passou-se a aceitar a manifestação da vítima no processo no interesse da punição do autor do delito. A importância da colaboração da vítima na prevenção e na repressão do crime foi ressaltada. Além disso, passou a haver uma preocupação com a existência de mecanismos que pudessem protegê-la e garantir-lhe a realização de seus direitos (FERNANDES, 1995, p. 25).

Os principais estudos criminológicos sobre a vítima, inicialmente, abordaram dois temas centrais: a colaboração da vítima para a gênese e o desenvolvimento do crime e a reparação do dano causado (FERNANDES, 1995, p. 36).

Quanto à reparação do dano, houve uma preocupação em satisfazer o interesse do ofendido. Contudo, quanto à colaboração da vítima para a prática do crime, os primeiros trabalhos procuraram mais justificar o comportamento do autor do crime e atenuar sua responsabilidade. Formou-se um movimento em defesa do réu, em vez de um movimento de proteção à vítima (FERNANDES, 1995, p. 36-37).

Com o tempo, os estudos passam a focar a própria vítima e, sem esquecer sua contribuição na gênese do crime, passam a realizar pesquisas a seu respeito e, principalmente, a protegê-la:

São vários os pontos de destaque: a prevenção do crime sob uma ótica da vítima, ou seja, tendo como meta evitar que alguém possa ser atingido por um delito; a atenção e cuidados especiais com determinadas categorias de pessoas, mais propensas a serem vítimas, seja em razão da idade (menor, velho), seja devido a

outros fatores: raça, sexo, nível econômico; a importância da distinção entre vitimização primária, decorrente do delito, e secundária, resultante do indevido funcionamento do sistema processual e da irregular atuação da máquina policial ou judiciária; programas de reparação do dano e de assistência às vítimas; estímulo a pesquisas criminais baseadas na vítima e seu comportamento perante o delito; a importância da vítima para o efetivo funcionamento da justiça criminal (FERNANDES, 1995, p. 38).

Surgiram movimentos cuja preocupação era a vítima. Foi realizado, em Jerusalém, em 1973, o I Simpósio Internacional de Vitimologia, sob a presidência de Israel Drapkin (FERNANDES, 1995, p. 19). Nesse simpósio, a Vitimologia foi abordada em quatro grupos temáticos: o estudo da Vitimologia; a vítima; o relacionamento agressor-vítima; a sociedade e a vítima – atitudes e políticas (PELLEGRINO, 1987, p. 7).

O simpósio, além das causas da vitimização – ato de alguém tornar-se vítima –, focalizou temas como prevenção, tratamento e investigação do crime, e aprovou proposição acerca do sofrimento causado às vítimas e à sociedade em geral, inclusive ao ofensor, quando a prevenção do crime e o controle dele são ineficazes. Convidou, assim, legisladores, magistrados e outras autoridades a renovarem esses serviços a fim de aumentar a efetividade e reduzir o sofrimento humano (PELLEGRINO, 1987, p. 8). Foram discutidos, ainda, temas como: os casos de abuso de governo, a vitimização de minorias vulneráveis e o perigo de violência em massa; a necessidade de o governo manter corpo médico para prestar serviço social, psiquiátrico e psicológico às vítimas de

crimes; a necessidade de respeitar a diferença entre crimes políticos e comuns, para evitar vitimização em grupo; a compensação das vítimas de crimes e a necessidade de estabelecimento de um sistema de estado de compensação (PELLEGRINO, 1987, p. 9).

Seguiram-se outros simpósios internacionais, realizados a cada três anos. A realização desses movimentos preparou espaço para a Declaração Universal dos Direitos das Vítimas de Crime e de Abuso de Poder (FERNANDES, 1995, p. 21). Essa declaração, aprovada na Assembleia Geral da ONU, em 29 de novembro de 1985, incita os Estados-membros a adotarem uma série de providências, entre as quais se destacam: “implementar medidas para reduzir a vitimização, promover esforços para motivar a participação da comunidade na prevenção do crime e rever periodicamente suas legislações” (FERNANDES, 1995, p. 22).

1.4 Vitimologia

Segundo Juan Carlos Ferré Olivé, o termo Vitimologia refere-se ao estudo da personalidade da vítima no que concerne ao aspecto biológico, psicológico e social, bem como à relação de interdependência entre criminoso e vítima, e tem por finalidade estabelecer medidas que evitem a vitimização de uma pessoa (OLIVÉ et al., 2011, p. 705).

Conforme afirma Elena Larrauri, o interesse da Vitimologia abrange três aspectos: as averiguações de vitimização, a posição da vítima no processo penal e a atenção assistencial e econômica à vítima (LARRAURI, 2004 apud OLIVÉ et al., 2011, p. 706).

O termo Vitimologia foi criado por Beniamim Mendelson, advogado israelense, em 1945, nos primeiros estudos feitos sobre a matéria (PELLEGRINO, 1987, p. 3). Ele, com seus estudos de Sociologia Jurídica, a partir de 1945, e Hans Von Hentig, com o livro *The Criminal and his Victim* (O Criminoso e sua Vítima), editado em 1948, foram, sem dúvida, os precursores dos estudos sobre a vítima, de forma específica (PELLEGRINO, 1987, p. IX).

Vale ressaltar, ainda, o relevante papel de Israel Drapkin, Diretor do Instituto de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade Hebraica de Jerusalém, o qual presidiu e organizou o I Simpósio Internacional de Vitimologia (PELLEGRINO, 1987, p. IX).

Segundo Antonio Beristain, a Vitimologia nasce oficialmente, em âmbito científico e mundial, em 1979, com a fundação da Sociedade Mundial de Vitimologia durante o III Simpósio Internacional, celebrado em Münster, na Alemanha (BERISTAIN, 2000, p. 83).

A Vitimologia teve por origem o estudo da colaboração da vítima na gênese do crime, mas, principalmente após o I Simpósio Internacional, tomou novos rumos, abrangendo também um melhor conhecimento do papel da vítima e de sua proteção, o que inclui o direito a uma compensação (PELLEGRINO, 1987, p. 12).

Embora se defenda a importância do estudo e da revalorização da vítima, não se trata de relegar ao autor do crime um papel secundário. Como salienta Landrove Díaz, não se quer

substituir o “culto do delinquente pelo culto da vítima”, mas “reclamar para a pessoa vitimizada o papel que esta merece na explicação do fato criminal, em sua prevenção e na resposta do sistema legal” (LANDROVE DÍAZ, 1990 apud FERNANDES, 1995, p. 29), sem limitar seus interesses a pretensões “monetárias, mercantilistas” (FERNANDES, 1995, p. 29).

1.5 Vitimologia no Brasil: os primeiros trabalhos

A Vitimologia, no Brasil, já era aplicada em seus princípios básicos antes da criação desse termo por Mendelson, em 1945, e da publicação da obra *O Criminoso e sua Vítima* de Von Henting, em 1948, conforme se percebe no pensamento do legislador presente no Código Penal Brasileiro de 1940 (PELLEGRINO, 1987, p. 31), o que se vê, por exemplo, com o disposto no artigo 121, §1º (PELLEGRINO, 1987, p. 5).

Talvez Moniz Sodré tenha sido o primeiro a enfocar a Vitimologia, em 1907, ao discutir, na obra *As Três Escolas Penais*, o problema da compensação às vítimas de crimes, tema posteriormente debatido nos Simpósios Internacionais de Vitimologia realizados em 1973, 1976 e 1979. Contudo, a primeira obra inteiramente dedicada ao estudo da vítima publicada no Brasil foi de autoria de Edgard de Moura Bittencourt, em 1971 (PELLEGRINO, 1987, p. 31-32).

Laercio Pellegrino, em sua obra *Vitimologia*, publicada em 1987, mencionou que o legislador brasileiro tinha em mente a inclusão de princípios vitimológicos no direito positivo, haja

vista os artigos 53 e 59 do anteprojeto de lei da Parte Geral do novo Código Penal Brasileiro, respectivamente, instituindo a multa reparatória a ser paga pelo autor do crime, e considerando o comportamento da vítima na fixação da pena (PELLEGRINO, 1987, p. 33).

Merece ainda destaque a Resolução aprovada no 1º Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, realizado em Brasília, em 1981, com vistas à criação da Sociedade Brasileira de Vitimologia (PELLEGRINO, 1987, p. XI).

2 Influência da Vitimologia na legislação penal brasileira

Os reflexos do movimento vitimológico foram notados em nossa legislação especialmente na década de 90, mas, antes disso, a vítima já era, de alguma forma, considerada pelo direito penal (OLIVEIRA, 1999, p. 155).

O Código Criminal do Império, no Título IV – “Da Satisfação” –, já trazia a previsão de reparação do dano: “Art. 21 – O delinquente satisfará o damno que causar com o delito; Art. 22 – A satisfação será sempre a mais completa que for possível, sendo no caso de dúvida, a favor do offendido. Para este fim o mal que resultar á pessoa e bens do offendido será avaliado em todas as suas partes e consequencias” (OLIVEIRA, 1999, p. 155).

Os ordenamentos penais seguintes não trouxeram disposições nesse sentido. O Código Penal de 1890 – Decreto 847, de 11 de outubro de 1890 – trazia a obrigação de reparação do dano como efeito da sentença condenatória e previa, no artigo

70, que “a obrigação de indenizar o dano será regulada segundo o direito civil”. Mas ressaltem-se os artigos 345 a 350 desse diploma, que previam crimes de violação dos direitos da propriedade literária e artística, com sanção de pagamento de multa “em favor do autor” (OLIVEIRA, 1999, p. 155).

Posteriormente, a Consolidação das Leis Penais – Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932 – considerou a vítima ao estabelecer as circunstâncias agravantes e atenuantes e ao exigir a reparação do dano para concessão da suspensão condicional da pena e do livramento condicional (OLIVEIRA, 1999, p. 156).

2.1 A Vitimologia no Código Penal brasileiro de 1940

O Código Penal brasileiro de 1940 adotou princípios relacionados à participação da vítima na gênese do crime, como será constatado com a análise dos diversos dispositivos enunciados abaixo, o que, nos dizeres de Laercio Pellegrino, “outra coisa não era senão a própria Vitimologia em seu sentido lato” (PELLEGRINO, 1987, p. 15-16).

O Código Penal brasileiro trouxe, em seu artigo 121, §1º, a previsão de diminuição de pena ao agente que cometesse o crime de homicídio sob “domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima” (PELLEGRINO, 1987, p. 12).

Em seu artigo 129, §4º prescreveu também nosso Código Penal de 1940 diminuição de pena ao agente que praticasse o crime de lesão corporal dominado por violenta emoção, em seguida a injusta provocação da vítima (PELLEGRINO, 1987, p. 13).

Quanto à discriminante da legítima defesa, um dos requisitos objetivos previstos no artigo 21 do mesmo diploma legal era a agressão injusta praticada pela vítima (PELLEGRINO, 1987, p. 13).

O Código Penal de 1940 previu, ainda, em seu art. 48, IV, c, *in fine*, como atenuante genérica, que o agente tenha cometido o crime “sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima” (PELLEGRINO, 1987, p. 15).

Houve, ainda, a previsão, no art. 140, §1º, I e II, desse Código, do perdão judicial no crime de injúria em duas situações: quando a vítima tiver provocado, de forma reprovável, diretamente a injúria; no caso de retorsão imediata consistente em outra injúria (PELLEGRINO, 1987, p. 15).

O Código Penal de 1940 trazia, ainda, no art. 220, a previsão de que, no rapto consensual ou rapto impróprio, o consentimento da vítima seria considerado, aplicando-se pena atenuada ao raptor (PELLEGRINO, 1987, p. 15).

Ressalte-se que o Decreto-Lei 1.004/1969, com as alterações da Lei 6.016/1973 – Código Penal Brasileiro – manteve, em diversos dispositivos, os princípios da Vitimologia, inclusive os já presentes no Código Penal de 1940, considerando sempre o comportamento da vítima para diminuir a responsabilidade penal do agente ou isentá-lo de pena (PELLEGRINO, 1987, p. 17).

2.2 Lei 2.889/1956 – Crime de Genocídio

No I Simpósio Internacional de Vitimologia, uma das recomendações aprovadas referiu-se à possibilidade de que um grupo, sociedade ou nação poderia ser considerado vítima. Contudo, por meio da Lei 2.889, já em 1956, punia-se, no Brasil, o crime de genocídio, que nada mais é do que a vitimização em massa (PELLEGRINO, 1987, p. 16).

Por meio do Decreto 30.822/1952, o Brasil havia promulgado a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, no momento da realização da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1948 (PELLEGRINO, 1987, p. 17).

2.3 Lei 7.209/1984 – Adoção de princípios vitimológicos no Código Penal brasileiro

Embora, conforme mencionado anteriormente, já tivessem sido aplicados princípios vitimológicos ao Código Penal brasileiro de 1940, a oportunidade de se incluir esses princípios de forma expressa no direito positivo brasileiro surgiu com a formação da comissão responsável pela elaboração do anteprojeto da Parte Geral do novo Código Penal (PELLEGRINO, 1987, p. 36).

Essa comissão, presidida pelo Professor Francisco de Assis Toledo, incluiu, nos artigos 53 e 59, dois princípios consagrados pela Vitimologia: no primeiro, instituiu-se a multa reparatória, que consistiria em amparo às vítimas;¹ no segundo, previu-se

¹ No tocante à legislação de auxílio às vítimas de delitos, já em 1891, foi

que o comportamento da vítima deveria ser levado em conta na fixação da pena (PELLEGRINO, 1987, p. 36).

O artigo 53 foi, posteriormente, retirado do projeto sob o argumento de que a sanção reparatória não seria sanção penal. O art. 59 foi mantido no projeto que se tornou a Lei Federal 7.209/1984 (PELLEGRINO, 1987, p. 36).

A despeito de ter sido retirado o artigo 53 do projeto, foi incluído nele, em seu artigo 91, I, a obrigação de indenizar o dano provocado pelo crime como um dos efeitos da condenação. Assim, a indenização às vítimas, que sempre foi destaque na Vitimologia, também encontrou ressonância na reforma penal (PELLEGRINO, 1987, p. 37).

Lélio Braga Calhau menciona ainda o arrependimento posterior como uma das inovações surgidas em 1984, tratando-se de instituto que, como medida de política criminal, beneficia acusado e vítima (CALHAU, 2003, p. 59).

2.3.1 Comportamento da vítima – artigo 59

Antes mesmo da reforma da Parte Geral de 1984, alguns dispositivos da Parte Especial já previam a influência do comportamento da vítima na aplicação da pena, como, por exemplo, o art. 121, §1º. Com a atual redação do artigo 59 do

aprovada pelo Terceiro Congresso Jurídico Internacional, em Florença, a proposição de Garofalo de instituir um fundo de compensação estatal para a assistência das vítimas de certos delitos. Na Nova Zelândia, em 1963, formulou-se um programa de compensação às vítimas de delitos. Na América Latina, o México foi o pioneiro, em 1969 (BERISTAIN, 2000).

Código Penal (CP), o julgador deverá analisar a contribuição da vítima para a prática do crime (GRECO, 2004, p. 619).

Conforme afirma Cezar Roberto Bitencourt, os estudos vitimológicos mostraram que, por diversas vezes, as vítimas contribuem para a consecução do crime de forma determinante. Assim, o comportamento da vítima, muitas vezes, é fator criminógeno apto a minorar a censurabilidade do comportamento delituoso (BITENCOURT, 2014, p. 776-777). Contudo, o comportamento da vítima apto a ensejar menor culpabilidade do agente deve se mostrar como uma provocação e não como o oferecimento de uma simples oportunidade para a prática do delito (CALHAU, 2003, p. 65).

Além disso, não se pode imaginar que o artigo 59 do Código Penal, quando se refere ao comportamento da vítima, sirva apenas para o abrandamento da pena do agente, pois referido comportamento constitui circunstância judicial e não atenuante. Assim, pode tanto aumentar como diminuir a culpabilidade do autor (PIEDADE JÚNIOR, [1993] apud CALHAU, 2003, p. 66).

Vale ressaltar o alerta feito por Rogério Greco no sentido de que se há previsão do comportamento da vítima em determinado tipo penal, como no art. 121, §1º, do CP, esse não pode ser considerado mais uma vez para beneficiar o agente (GRECO, 2004, p. 620).

2.3.2 Reparação do dano

A sanção deve, certamente, estar voltada à reinserção social do condenado, mas também à reparação da vítima. Nesse sentido, será necessário que, na escolha da sanção reparadora, exista a participação de profissionais com conhecimentos criminológicos, sociológicos e pedagógicos, por exemplo (OLIVÉ et al., 2011, p. 702).

Nossos sistemas penais ainda têm se mostrado inflexíveis em negar o diálogo da vítima com o criminoso, mas caminha-se para a ideia de que o consenso e a reparação são possíveis soluções para diversos ilícitos, especialmente naqueles em que não houve utilização de violência (OLIVÉ et al., 2011, p. 703).

A experiência da justiça consensual, em que vítima e acusado buscam a composição do conflito e a prevenção de outros crimes, tende a crescer tendo em vista a impossibilidade de o Direito Penal atender a demanda que lhe é apresentada. A tendência é que a mediação entre essas duas figuras seja cada vez mais incentivada em infrações leves e médias, sem utilização de violência ou grave ameaça à pessoa. Quanto às infrações graves, além do auxílio à vítima, certamente é necessária uma maior resposta estatal (CALHAU, 2003, p. 61 e 63).

Juan Carlos Ferré Olivé et al. (2011, p. 704-705) aborda, na obra *Direito Penal Brasileiro* a atual proposta por uma justiça restauradora: “atualmente se propõe um novo modelo de justiça restauradora que exige maior protagonismo de todas as partes

envolvidas no crime, ainda sem se tratar realmente de uma novidade político criminal”.

A reparação possui dois relevantes aspectos: a resposta penal a uma infração e a compensação dos danos causados pelo infrator com seu próprio esforço. Deve ter sentido educativo, relacionar-se com o fato e com as possibilidades do ofensor. Ressalte-se que a moderna orientação das ciências criminais é no sentido de que sejam consideradas as necessidades do infrator e da vítima (OLIVÉ et al., 2011, p. 707).

No Direito Penal comparado, há previsões da reparação ora como isenção de pena, ora como atenuante. No sistema penal brasileiro, a reparação do dano aparece também em alguns dispositivos do Código Penal: artigo 16 – instituto do arrependimento posterior; artigo 65, III, *b* – circunstância atenuante; artigo 33, §4º – pressuposto para a progressão de regime na condenação por crime contra a administração pública; artigos 78, §2º e 81, II – relevância na suspensão condicional da pena; e 83, IV – livramento condicional. No art. 91, I do Código Penal, por sua vez, a reparação do dano é reconhecida como efeito específico da pena (OLIVÉ et al., 2011, p. 708-709). Ana Sofia Schmidt menciona ainda o artigo 94, III do CP – reparação do dano como condição para a reabilitação (OLIVEIRA, 1999, p. 156).

Na obra *Direito Penal Brasileiro*, Juan Carlos Ferré Olivé et al. defende a reparação do dano como uma alternativa à pena,

que deve partir de opção voluntária e ser fruto de consenso e não como uma sanção penal autônoma (OLIVÉ et al., 2011, p. 709).

Na mesma obra, salienta-se a mediação no âmbito criminal como expressão do renascimento do papel da vítima no direito penal, alternativa eficaz na solução dos conflitos nos casos que não impliquem uma irreparável afetação do bem jurídico. Busca-se, com isso, um procedimento que melhor satisfaça os interesses da vítima e do infrator (OLIVÉ et al., 2011, p. 711).

Na legislação brasileira, com a Lei 9099/95, a vítima passou a figurar de forma mais ativa na resolução do conflito, mas o assunto ainda é incipiente. Outro avanço nesse sentido foi dado com a edição da Lei 11.719/2008, que previu a necessidade de o juiz, na sentença, fixar um valor inicial de indenização ou reparação do dano sofrido (OLIVÉ et al., 2011, p. 719-720).

No tocante à produção legislativa que revelou influência do movimento vitimológico, especialmente quanto à reparação do dano, Ana Sofia Schmidt aponta, além da Lei 9.099/1995, a Lei 9.249/95, que criou causa extintiva da punibilidade de determinados delitos para as hipóteses em que ocorresse reparação do dano antes do recebimento da denúncia; o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), que instituiu a multa reparatória; a Lei 9.605/1998, que previu a pena de prestação pecuniária, reconheceu o arrependimento manifestado pela reparação do dano como circunstância atenuante e incentivou a reparação em outros dispositivos; e a Lei 9.714/1998, que introduziu, no Código Penal, a pena de prestação pecuniária (OLIVEIRA, 1999, p. 158).

2.3.3 Legítima defesa

O artigo 23, II, do Código Penal prevê como causa excludente de ilicitude a legítima defesa, a qual é definida no art. 25 do mesmo diploma legal. Visa a proteger o agente de ser incriminado em situações em que a vítima foi o verdadeiro agressor.

A partir do momento em que o Estado assumiu a responsabilidade de realizar justiça, aplicando a lei ao caso concreto, buscou eliminar a vingança privada. Contudo, uma vez que não pode estar ao mesmo tempo em todos os lugares, faz-se necessário possibilitar ao agredido a defesa de seus direitos (NUCCI, 2014, p. 255).

A ordem jurídica visa a proteger bens jurídicos. Assim, aquele que defende bem próprio ou alheio, ainda que com violência, não apenas atua dentro da ordem jurídica, mas em sua defesa, razão pela qual exclui-se a hipótese de crime (CALHAU, 2003, p. 67-68).

A análise do comportamento da vítima no caso concreto é de fundamental importância para que se verifique a caracterização da legítima defesa, o que não ocorre se a vítima se colocou na posição de agredida ou se a agressão era pretérita, por exemplo (CALHAU, 2003, p. 68-69).

Guaracy Moreira Filho afirma serem necessárias alterações na lei processual de modo a permitir que o próprio delegado de polícia reconheça a ocorrência de legítima defesa. Assim, não seria autuado em flagrante aquele que reagiu em legítima defesa.

O autor leciona que a lei possibilita apenas ao juiz a averiguação sobre as causas excludentes de crime, o que não atende aos interesses da sociedade (MOREIRA FILHO, 2004, p. 80).

Lélio Braga Calhau afirma concordar com o posicionamento de Moreira Filho nos seguintes termos:

Nesse ponto, estamos de acordo com a tese sugerida de modificação da legislação processual penal pelo Professor Moreira Filho por vários motivos: 1. por política criminal é uma situação injusta recolher na cela uma pessoa que agiu em legítima defesa, já que a mesma não cometeu delito; 2. por questão dogmática, como explicar o recolhimento de uma pessoa nesse caso na prisão se a legítima defesa, como causa de exclusão de ilicitude, não concretiza o crime na teoria geral do delito; 3. a justificativa de que poderia haver abuso por parte de alguns delegados não pode ser levada a sério, pois a imensa maioria trabalha na honestidade e o ato posteriormente irá passar pela fiscalização do Ministério Público e, em caso de cometimento de crime, o delegado que errou seria processado criminalmente e na esfera cível pelo cometimento de ato de improbidade administrativa (CALHAU, 2003, p. 70).

2.3.4 Atenuante genérica

O artigo 65, III, *c*, do Código Penal prevê como atenuante genérica o fato de o agente ter cometido o crime “sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima”, caracterizando mais uma situação em que se considera relevante o comportamento da vítima.

Conforme ressalta Delmanto, a atenuante em questão não se confunde com o homicídio privilegiado, previsto no artigo 121, §1º, última parte, nem com a lesão corporal privilegiada, prevista

no artigo 129, §4º, ambos do Código Penal, uma vez que esses são praticados sob domínio, e não influência, de violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima (DELMANTO et al., 2002, p. 131). Também não se exige, para o reconhecimento da atenuante, o cometimento da infração logo em seguida à provocação, assim, cabe um lapso de tempo maior entre a ação da vítima e a reação do agente (NUCCI, 2014, p. 472).

2.3.5 Pena de prestação pecuniária

A pena de prestação pecuniária foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 9.605/1998, que dispõe sobre os crimes ambientais e, posteriormente, foi integrada ao Código Penal, em seu art. 45, pela Lei 9.714/1998 (OLIVEIRA, 1999, p. 164).

A redação do art. 12 da Lei 9.605/1998 pouco difere do art. 45 do Código Penal. O aspecto positivo da previsão legal reside na destinação da prestação pecuniária à vítima e não aos cofres públicos, o que encontra sintonia tanto com o movimento vitimológico quanto com o senso de justiça (OLIVEIRA, 1999, p. 165).

2.3.6 Código Penal – Parte Especial

Há, no artigo 121, §1º, do CP, a previsão de causa de diminuição de pena – de um sexto a um terço – para a situação em que o agente comete o crime de homicídio “sob o domínio

de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima”.

Segundo Nucci, “a causa especial de diminuição da pena é reconhecida, tendo em vista que o ser humano não pode ser equiparado a uma fria máquina, que processa dados ou informações, por piores que eles sejam, de modo retilíneo e programado”, destacando que “a parte ofendida, muitas vezes colabora enormemente para a prática do delito” (NUCCI, 2014, p. 661). Conforme mencionado, não se confunde com a atenuante genérica prevista no artigo 65, III, *c*, última parte, do Código Penal (DELMANTO et al., 2002, p. 247-248).

Tem-se aqui uma diminuição da culpabilidade assentada na circunstância de ter havido provocação do agente por parte da vítima (NUCCI, 2014, p. 661). Ressalte-se que três elementos devem estar presentes para a aplicação da causa de diminuição: injusta provocação, emoção violenta e reação em seguida (DELMANTO et al., 2002, p. 247).

Previsão no mesmo sentido encontra-se no artigo 129, §4º, do Código Penal para o agente que comete o crime de lesão corporal sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. A pena pode ser reduzida, haja vista a menor culpabilidade do agente (PRADO, 2013, p. 458-459).

Ressalte-se, ainda, o artigo 140, I e II, do Código Penal, que prevê o perdão judicial no crime de injúria. O perdão judicial é causa extintiva da punibilidade aplicável quando o Estado

entende não ser cabível punir o agente e só é possível quando previsto expressamente em lei (NUCCI, 2014, p. 755).

2.4 Constituição da República

Há uma ênfase do Direito Penal e da Criminologia na figura do infrator, havendo, em relação a ele, um sistema de garantias facilmente percebido no art. 5º da Constituição da República. Por outro lado, apenas o art. 245 é dispensado à vítima, com a previsão de que a lei disporá acerca de hipóteses de assistência aos herdeiros de vítimas de crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do delito (PORTO, 2014, p. 68).

O artigo 245 da Constituição da República revela nítida influência do movimento vitimológico e prevê a assistência estatal aos herdeiros e dependentes. Contudo, não assegura direito à assistência pública para a própria vítima, direito que, conforme afirma Ana Sofia Schmidt, já é reconhecido em vários países (OLIVEIRA, 1999, p. 153).

Ana Sofia Schmidt afirma, ainda, que “talvez seja possível identificar, na mesma vertente do movimento vitimológico, que inspirou o art. 245 da CF, a origem de outro dispositivo constitucional, o inciso XLIII do art. 5º da CF”, bem como as reformas penais consequentes, principalmente as Leis 8.072/90 e 8.930/94, que versam sobre crimes hediondos (OLIVEIRA, 1999, p. 153).

Lélio Braga Calhau defende que a proteção da vítima de crime seja erigida a direito fundamental constitucional, com o

fito de resgatar a vítima em nosso país. Menciona que o réu é lembrado por diversas vezes no artigo 5º da Constituição Federal, o que não ocorre com a vítima. Ressalte-se que não se deseja retirar os direitos e garantias previstos para o acusado, mas apenas elevar também a vítima ao mesmo patamar, buscando um ponto de equilíbrio no tratamento dado ao acusado, à vítima e à sociedade civil. Essa inclusão da proteção à vítima como direito fundamental possibilitaria a mudança de paradigma em muitas decisões judiciais (CALHAU, 2009).

2.5 Consentimento do ofendido

O Código Penal brasileiro não prevê o consentimento do ofendido como causa excludente do crime. Ainda assim, deve ser reconhecido como causa supralegal, haja vista não ser possível que o legislador pressuponha todas as mudanças das condições materiais de exclusão. Ademais, quando são criadas novas causas de justificação, mesmo que essas ainda não estejam positivadas, isso contribui para a aplicação da justiça material (CALHAU, 2003, p. 81).

O consentimento do ofendido pode, segundo Lélío Braga Calhau, apresentar-se como causa de exclusão de tipicidade quando o dissentimento do ofendido constituir elementar do tipo, ou como causa excludente da ilicitude penal (CALHAU, 2003, p. 81).

Cezar Roberto Bitencourt afirma serem duas as formas de o consentimento do ofendido influir na tipicidade: “para excluí-

la, quando o tipo pressupõe o dissenso da vítima; para integrá-la, quando o assentimento da vítima constitui elemento estrutural da figura típica”. O consentimento justificante do titular de bem jurídico disponível, por sua vez, afasta a contrariedade à norma, mesmo que a conduta se subsuma a um modelo abstrato de proibição legal (BITENCOURT, 2014, p. 83).

Francisco de Assis Toledo aponta como requisitos do consentimento do ofendido: que a manifestação da aquiescência tenha sido livre; que, no momento do consentimento, o ofendido tenha capacidade para tanto; que o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão encontre-se na esfera de disponibilidade do ofendido; que o fato típico realizado se identifique com o consentimento do ofendido (TOLEDO, 1984 apud CALHAU, 2003, p. 83).

2.6 Legislação penal especial

2.6.1 Lei 8.069/1990

O Estatuto da Criança e do Adolescente constitui diploma voltado à proteção integral da criança e do adolescente, em consonância com a Constituição de 1988, que introduziu no ordenamento jurídico pátrio a doutrina da proteção integral. Essa doutrina tem como principal característica tornar as crianças e os adolescentes sujeitos de direitos, em posição de igualdade com os adultos, possuidores de direitos que podem ser judicialmente exigidos (ANDREUCCI, 2010, p. 81-82).

A Lei 8.069/1990 não se restringe à esfera criminal. Foi concebida para regular toda a matéria atinente à criança e ao adolescente. Prevê direitos fundamentais, disposições sobre políticas públicas, políticas de atendimento de seus direitos, medidas de proteção aplicáveis às crianças, aos adolescentes, aos pais ou aos responsáveis (ANDREUCCI, 2010, p. 83-84).

O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe a tipificação de crimes e infrações administrativas, com o objetivo de coibir o desrespeito a suas normas de proteção. Os crimes em espécie cometidos contra criança e adolescente estão previstos nos artigos 228 a 244. De modo geral, tem como objeto jurídico a tutela dos direitos da criança e do adolescente, de sua integridade física e psíquica, bem como a do nascituro. Quanto à objetividade jurídica específica, esses crimes podem ser assim subdivididos: crimes relacionados a hospitais e centros de saúde (artigos 228 e 229); crimes relacionados a atos infracionais (artigos 230 a 235); crimes relacionados à atuação da autoridade judiciária, do membro do Ministério Público e membro do Conselho Tutelar (artigo 236); crimes relacionados à colocação irregular em família substituta (artigos 238 e 239); crimes relacionados à pornografia, ao sexo explícito ou à exploração sexual e à corrupção (artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C, 241-D, 241-E, 242, 243, 244-A e 244-B) (ANDREUCCI, 2010, p. 85-86).

2.6.2 Lei 9.099/1995

Conforme Juan Carlos Ferré Olivé et al. (2011), apenas com a Lei 9099/1995, a orientação internacional de efetivar a reparação das vítimas e de estabelecer princípios com o fito de se buscar sociedades mais igualitárias e integradas foi aplicada de forma mais efetiva no Brasil.

Com a Lei 9.099/1995, surgiram duas novas perspectivas: a vítima passou a figurar de forma mais ativa na solução do conflito e buscou-se uma solução que evitasse o cárcere. Nas situações em que a ação penal é de iniciativa privada ou pública condicionada à representação, é dada a oportunidade para que a reparação ou indenização do dano substitua a via penal. Busca-se a realização de um acordo com o autor do delito, o qual, caso ocorra, será reduzido a termo, homologado pelo juiz e constituirá título executivo a ser executado no juízo cível pela vítima. Realizado o acordo, a vítima renuncia ao direito de promover a ação penal, e o autor do fato terá sua punibilidade extinta. Nos crimes de ação penal pública incondicionada, por sua vez, o promotor, na audiência preliminar, propõe a transação penal em substituição a futuro processo penal (OLIVÉ et al., 2011, p. 719-720).

Assim, a Lei 9.099/1995 inaugurou uma orientação comprometida com a figura da vítima, cuja presença é necessária para a realização da transação penal e para a suspensão condicional do processo (GOMES; CUNHA, 2010, p. 1072). Nesse sentido, afirma Antonio Scarance Fernandes ser possível prever, no âmbito criminal, a conciliação entre o ofensor e a vítima e que, em muitos

casos, a conciliação entre eles é mais importante que o processo e a condenação (FERNANDES, 1995 apud GOMES; CUNHA, 2010, p. 1072).

Entre os objetivos da criação dos Juizados Especiais Criminais estão a revitalização do papel da vítima e o estímulo à solução consensual dos processos penais. A Lei 9.099/1995 instaurou uma nova espécie de jurisdição no processo penal: a jurisdição consensual, com a busca de acordo entre as partes, a reparação voluntária dos danos experimentados pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (LIMA, 2014, p. 187).

Há, na Lei 9.099/1995, previsão de quatro medidas despenalizadoras nas quais é possível que o consenso entre as partes evite a instauração do processo ou seu prosseguimento: composição dos danos civis, transação penal, representação nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas, suspensão condicional do processo (LIMA, 2014, p. 188).

Lélio Braga Calhau leciona que a ideia de que justiça equivale a castigo não atende aos interesses da vítima, e que o modelo de consenso, a possibilidade de obter a pacificação social é, para a vítima, sem precedentes em comparação à justiça comum (CALHAU, 2003, p. 70-71).

Segundo Ana Sofia Schmidt, um grande mérito da Lei 9.099/1995 é a mudança de conceito da justiça penal. Por se tratar de um procedimento informal, as partes sentem-se mais acolhidas e participantes, com maior liberdade de expressão e

com maior proximidade com juízes e promotores. Certamente, o grau de satisfação é maior. Assim, em termos vitimológicos, a Lei 9.099/1995 pelo menos minimiza a vitimização secundária (OLIVEIRA, 1999, p. 162).

2.6.3 Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro

Cada vez mais pessoas são vitimizadas no trânsito, e as vítimas, muitas vezes, são deixadas em situação de total desamparo, e são irrisórios os investimentos públicos com vistas a reduzir essa vitimização (CALHAU, 2003, p. 76).

O Código de Trânsito Brasileiro – CTB também demonstrou preocupação com a vítima, especialmente no tocante à reparação do dano, tema recorrente na Vitimologia. O artigo 297 da Lei 9.503/1997 prevê multa reparatória a ser paga em favor da vítima, ou de seus sucessores, sempre que houver prejuízo material resultante do delito.

O CTB inovou ao introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a multa reparatória, instrumento de efetivo auxílio à vítima criminal (CALHAU, 2003, p. 76). Essa multa reparatória tem caráter de sanção civil e visa à reparação dos danos provocados pelo crime sofrido. Pode ser requerida pela vítima ou por seus sucessores e será fixada pelo juiz na sentença. Não impede propositura de ação civil *ex delicto*, e seu valor será descontado na indenização civil (ANDREUCCI, 2010, p. 70).

Nucci menciona ser a multa reparatória um instituto misto, por ser penalidade aplicada ao autor do delito com o fim de

reparar civilmente a vítima (antecipação de indenização civil), mas imposta pelo juiz criminal (NUCCI, 2013, v. 2, p. 702-703).

O citado artigo 297 menciona apenas o dano material, o que impede discussão acerca de eventual dano moral sofrido. Segundo Nucci, o ideal é que se produzam provas, durante a instrução criminal, também acerca do *quantum* relativo ao dano material, o que possibilita a defesa do acusado também quanto ao valor indenizatório (NUCCI, 2013, v. 2, p. 702).

Para a obtenção da indenização, faz-se necessário o requerimento formulado pela vítima, sem que haja necessidade de sua habilitação no processo como assistente de acusação, o que seria impor excessivo encargo àquela já que sofreu as consequências do crime (GOMES; CUNHA, 2010, p. 1073-1074).

2.6.4 Lei 9.807/1999 – Proteção a vítimas e testemunhas

A Lei 9.807/1999 encontra-se em consonância com os ideais defendidos pela Vitimologia, pois dispõe sobre a proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas, bem como de acusados ou condenados que, voluntariamente, tenham colaborado com a investigação policial e o processo criminal.

O artigo 1º da Lei 9.807/1999 estabelece que as medidas de proteção requeridas por vítimas ou testemunhas coagidas ou ameaçadas serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal. Ressalte-se que a competência para promover a

proteção está relacionada com a competência para apurar o crime cometido (NUCCI, 2013, v. 1, p. 543-544).

Para que seja implementada a proteção por meio dessa lei, é necessário que se tenha tentado realizá-la primeiramente por outras formas e que exista a anuência da pessoa protegida. Deve ainda ser observada a relevância do depoimento da vítima ou testemunha para a inclusão dela no programa de proteção (ANDREUCCI, 2010, p. 549).

Conforme previsto no artigo 2º, §2º, da referida lei, estão “excluídos da proteção os indivíduos cuja personalidade ou conduta seja incompatível com as restrições de comportamento exigidas pelo programa”. Segundo Nucci, pessoa de personalidade antissocial, por exemplo, contrária ao cumprimento de regras ou individualista representa óbice à inserção no sistema protetor, que exige muita disciplina (NUCCI, 2013, v. 1, p. 546).

Podem ser enumerados requisitos diretos e indiretos para ingresso no programa. Os diretos são: a situação de risco, a relação de causalidade entre a situação de risco e a colaboração por ela prestada e a anuência do protegido. Os indiretos referem-se às pessoas não abrangidas pelo programa: pessoas com personalidade e conduta incompatível com a restrição de suas normas; condenados que estejam cumprindo pena, indiciados ou réus presos cautelarmente (GOMES; CUNHA, 2010, p. 988-989).

Os artigos 7º a 9º da Lei 9.807/1999 preveem, de forma exemplificativa, as medidas passíveis de serem aplicadas pelos programas de proteção, e o artigo 8º traz a possibilidade de

concessão de medidas cautelares para a efetividade da proteção, com legitimidade do Ministério Público para requerer essa concessão (GOMES; CUNHA, 2010, p. 995).

Ressalte-se a possibilidade de mudança de nome do protegido prevista no artigo 9º da Lei 9.807/1999. A alteração completa apenas é admitida em situações excepcionais e somente pode ser pleiteada pelo protegido ou por seu representante legal ao juiz dos registros públicos, por meio do conselho deliberativo. O deferimento está condicionado ao convencimento acerca da característica e da gravidade da coação ou ameaça e, uma vez deferido, apenas excepcionalmente é permitido voltar ao nome original (GOMES; CUNHA, 2010, p. 996).

2.6.5 Lei 10.791/2003 – Estatuto do Idoso

O fundamento constitucional para a proteção do idoso – maior de sessenta anos, como prevê o artigo 1º da Lei 10.791/2003 – é o artigo 230 da Constituição da República, o qual prevê que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e seu bem-estar, garantindo-lhes o direito à vida e assegurando sua participação na comunidade (NUCCI, 2013, v. 1, p. 409).

No artigo 2º do Estatuto do Idoso, há a previsão dos direitos de que goza o maior de 60 anos. Nucci aponta que foram previstos direitos que o Estado não tem condição de suportar e que direitos como aperfeiçoamento moral e espiritual fogem ao controle estatal. Questiona a inserção, no texto legal, de um “prisma ideal

de vida”, o que torna maior a frustração pelo desrespeito a muitos desses direitos (NUCCI, 2013, v. 1, p. 410).

Ao adotar a doutrina da proteção integral, o Estatuto do Idoso previu modificações em tipos penais existentes e criou novas figuras típicas. O legislador optou por implementar tipos penais autônomos destinados a tutelar a vida, a integridade corporal, a saúde, a liberdade, a honra, a imagem e o patrimônio do idoso (ANDREUCCI, 2010, p. 366).

Dentre os tipos penais previstos no Estatuto do Idoso, alguns merecem destaque como, por exemplo, o artigo 97, que prevê a omissão de socorro ao idoso; e o artigo 98, que tipifica o abandono de idoso “em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres” (ANDREUCCI, 2010, p. 366).

Há também grande preocupação em proteger o patrimônio do idoso. O artigo 102 prevê uma modalidade específica de apropriação indébita. O artigo 104 tipifica a conduta de “reter o cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão do idoso, bem como qualquer outro documento com objetivo de assegurar recebimento ou ressarcimento de dívida”. O artigo 106 prevê como crime a situação em que o idoso é induzido a “outorgar procuração para fins de administração de seus bens ou deles dispor livremente” quando “sem discernimento de seus atos”. O artigo 103, por sua vez, tipifica a conduta de negar acolhimento ou permanência de idoso, como abrigado, “por

recusa deste em outorgar procuração à entidade de atendimento” (ANDREUCCI, 2010, p. 366-367).

2.6.6 Lei 11.340/2006 – Violência doméstica e familiar contra a mulher

“Desafiando uma longa ‘tradição jurídica’ de não reconhecimento da violência contra as mulheres como uma violação de direitos humanos, a Lei nº 11.340/2006 trouxe para o cenário as invisíveis mulheres” (LIMA; SANTOS, 2010, p. 21). O legislador, quando optou por uma legislação específica de proteção integral à mulher vítima de violência, fez uma opção político-criminal inovadora (LIMA; SANTOS, 2010, p. 27).

A Lei Maria da Penha, que busca assegurar assistência e proteção a mulheres em situação de violência doméstica e familiar, pode ser considerada uma ação afirmativa (“discriminação positiva”). Não fere o princípio da igualdade, uma vez que busca a inserção social de grupo marginalizado (LIMA, 2014, p. 881-882).

Nos artigos 2º e 3º da Lei 11.340/2006 são listados direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana que precisam ser assegurados à mulher. Essa explicitação é importante, haja vista que, historicamente, os direitos humanos foram construídos com exclusão da mulher (LIMA, 2014, p. 881-883).

Há previsão, na Lei Maria da Penha, de um vasto catálogo de medidas de caráter extrapenal com a finalidade de prevenir a violência contra a mulher de forma integral: medidas de longo

prazo que abordam o planejamento de políticas destinadas ao combate da violência contra a mulher, bem como a realização de um trabalho com a sociedade sobre esse fenômeno (artigo 8º, II, III, V, VIII e IX); medidas de curto prazo ou de realização imediata, que objetivam facilitar o acesso a recursos governamentais e a mobilidade da mulher vítima de violência doméstica, entre as quais podem ser citadas as previstas no art. 9º, §1º e §2º, I e II e no art. 22, V; medidas de proteção e contenção de riscos que visam a diminuir os riscos decorrentes da situação de violência, tais como as previstas nos artigos 23, I; 28 e 29 (LIMA; SANTOS, 2010, p. 28).

A Lei Maria da Penha prevê um rol de medidas protetivas de urgência nos artigos 22 a 24, que poderão ser adotadas tanto com relação à pessoa do agressor, quanto com relação à ofendida (LIMA, 2014, p. 913).

Com a redação dos artigos 18 ao 24 da Lei 11.340/06, pretende-se garantir que as mulheres em situação de violência tenham acesso direto ao juiz, o que possibilita uma resposta mais rápida à necessidade de proteção (LIMA; SANTOS, 2010, p. 43).

O artigo 17 da Lei Maria da Penha proíbe a aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, pois essa modalidade de pena banaliza o instituto da pena restritiva de direitos e gera na vítima e na sociedade uma sensação de impunidade (ANDREUCCI, 2010, p. 629).

Outra importante previsão encontra-se no artigo 21 da referida lei, no sentido de que a ofendida deve ser cientificada

dos atos processuais relativos ao agressor, principalmente dos concernentes ao ingresso e à saída da prisão. Essa medida visa a evitar que a vítima seja tomada de surpresa e possa se acautelar contra eventual reiteração da conduta delituosa (LIMA, 2014, p. 928).

Por fim, deve ser mencionado o artigo 41 da Lei Maria da Penha, que prevê a não aplicação da Lei 9.099/1995 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. O principal argumento para essa proibição baseia-se na banalização do crime praticado contra a mulher, tendo em vista a branda resposta que referida lei propõe (GOMES; CUNHA, 2010, p. 1254).

A despeito de ter sido dirigida às mulheres, a Lei Maria da Penha ocasionou alterações significativas no Código Penal brasileiro nos artigos 129, §9º e 61, *f* – agravante para crime cometido prevalecendo-se o agente do ambiente doméstico (LIMA; SANTOS, 2010, p. 43).

Ricardo Ferracini Neto menciona que o crime de violência doméstica contra a mulher talvez seja “o caso mais emblemático que se encaixe na definição de vítima a partir do estudo da Vitimologia, no tocante à omissão própria do agredido.” É grande a omissão da mulher nesses crimes, o que gera uma imensa cifra negra para os casos, a qual talvez apenas seja compatível com o crime de violência doméstica contra crianças (FERRACINI NETO, 2008, p. 83-84).

No tocante à violência contra a mulher, vale ressaltar ainda a Lei 13.104/2015, que alterou o artigo 121 do Código Penal a fim de incluir o feminicídio entre as qualificadoras do crime de homicídio.

A qualificadora do feminicídio, que constitui modalidade de violência de gênero, descreve a hipótese do emprego de violência praticada contra a mulher por razões da condição de sexo feminino nas situações previstas no § 2º-A do art. 121 do CP. Caberá então aos jurados a verificação da presença dessa hipótese, o que é feito pelo juiz togado, no momento da fixação da pena, com relação à incidência da circunstância agravante prevista no art. 61, II, f, parte final, do Código Penal. Tal dispositivo prevê a exasperação da pena quando o crime tiver sido praticado com violência contra a mulher nos termos dos artigos 5º e 7º da Lei Maria da Penha. Ressalte-se que, quando incidir a qualificadora do feminicídio, a fim de evitar *bis in idem*, restará prejudicada a incidência da referida agravante genérica (PIRES, 2015).

2.7 Projeto de Lei do Senado (PLS) 236/2012 – Novo Código Penal

O artigo 43 do projeto do novo Código Penal (PLS 236/2012) traz interessante previsão relacionada à regressão de regime e à reparação do dano. Conforme consta do §1º do referido artigo, é possível que o condenado regrida para regime mais grave se frustrar os fins da execução ou, podendo, não pagar multa e indenização para reparar os danos sofridos pela vítima.

Isso associado à prática de fato definido como crime ou falta grave; ou a sofrer condenação, por crime anteriormente praticado, cuja pena, somada ao que resta das penas em execução, seja incompatível com o regime (BRASIL, 2012, p. 322).

As circunstâncias judiciais estão previstas no artigo 73, que mantém em sua redação as consequências do crime e a contribuição da vítima para o fato. Contudo, demonstra maior preocupação com a vítima quando prevê em seu §1º que “na análise das consequências do crime, o juiz observará especialmente os danos suportados pela vítima e seus familiares, se previsíveis” (BRASIL, 2012, p. 331).

Ressalte-se a novidade trazida pelo artigo 74 do projeto do novo Código Penal, que demonstra nítida influência vitimológica ao prever alimentos aos dependentes da vítima no caso de crimes que afetem a vida: “Na hipótese de homicídio doloso ou culposo ou de outro crime que afete a vida, o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará alimentos aos dependentes da vítima, na forma da lei civil” (BRASIL, 2012, p. 331).

Ainda quanto à reparação do dano, o artigo 83, §3º, do PLS 236/2012 prevê que a reparação do dano ou restituição da coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, reduzem a pena de um terço até a metade (BRASIL, 2012, p. 334).

Conforme previsto no PLS 236/2012, o instituto da delação premiada passa a constar da Parte Geral do Código, o que implica sua aplicação aos crimes em geral. A delação premiada

possui grande relevância na proteção das vítimas e mostra-se bastante útil ao desvendar crimes e organizações criminosas (PRUDENTE, 2013).

O acusado receberá o benefício, desde que a delação tenha produzido um dos resultados previstos na Lei (artigo 104): identificação dos demais coautores ou partícipes, localização da vítima com sua integridade física preservada ou recuperação total ou parcial do produto do crime. Ressalte-se ainda que, conforme a proposta, “ao colaborador da Justiça será aplicada a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas” (artigo 105, III) (BRASIL, 2012, p. 313).

No tocante aos crimes de homicídio e lesão corporal, mantém-se a previsão de diminuição de pena para o crime praticado “sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima” (BRASIL, 2012, p. 317, 320).

No crime de homicídio, há previsão de aumento de pena quando a vítima for criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência (artigo 121, §2º) (BRASIL, 2012, p. 344). Na lesão corporal, por sua vez, tem-se uma qualificadora se o crime for praticado contra criança ou adolescente, mulher grávida, pessoa com deficiência física ou mental, pessoa idosa ou ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro ou pessoa com quem o acusado conviva ou tenha convivido. A ação penal, nos casos de lesão corporal leve ou culposa, é condicionada à representação, salvo se a vítima for mulher em situação de violência doméstica (BRASIL, 2012, p. 348-349).

Quanto ao crime de furto, o PLS 236/2012, em sua versão original, previu a possibilidade de extinção da punibilidade no furto simples ou com aumento de pena se, até a sentença, houvesse reparação do dano aceita pela vítima (PRUDENTE, 2013). Contudo, após a análise do projeto pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, conforme consta do relatório elaborado pelo Senador Pedro Taques, ficou assentado que tal previsão implicaria um incentivo para o agente criminoso, pois ele poderia livrar-se da punição com a reparação do dano às vésperas da condenação. Foi, então, proposto que houvesse uma redução da pena com a devolução da coisa subtraída à vítima, desde que tal reparação ocorresse até o oferecimento da denúncia (BRASIL, 2012, p. 185).

A reparação do dano, como mencionado anteriormente, sempre foi uma das preocupações da Vitimologia, o que demonstra uma sensibilidade às necessidades da vítima no projeto do novo Código Penal.

Quanto aos crimes de dano, apropriação indébita e estelionato, houve o mesmo debate mencionado sobre o crime de furto no tocante à reparação do dano, e concluiu-se pela previsão, não de extinção da punibilidade, mas de redução da pena até a metade se reparado o dano até o oferecimento da denúncia (BRASIL, 2012, p. 189, 193).

No Título XVII – Dos Crimes Contra os Direitos Humanos –, o Capítulo VIII veicula a proteção dos grupos vulneráveis,

entre os quais encontram-se os idosos (Seção II) e as crianças e os adolescentes (Seção IV) (BRASIL, 2012, p. 189, 193).

Com o objetivo de tutelar a pessoa idosa, o projeto do novo Código Penal traz como crimes: o abandono, a apropriação ou o desvio de bens ou valores, a retenção de cartão, a indução para outorga de procuração, a coação e a lavratura de ato notarial (BRASIL, 2012, p. 189, 193).

Há previsão, no projeto do novo Código Penal, de um capítulo voltado para crimes cometidos contra crianças e adolescentes, o qual mantém quase integralmente o previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (PRUDENTE, 2013). Ressalte-se a previsão de proibição de venda de bebida alcoólica a crianças e adolescentes – hoje criminalizada de forma expressa pela Lei 13.106/2015, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente – ou a pessoa com deficiência mental (PRUDENTE, 2013), bem como a exploração do trabalho infantil, ainda não criminalizada no Brasil (BRASIL, 2012, p. 282).

3 O espaço da vítima no Direito Penal atual: um olhar

No Direito Penal, o papel da vítima passou por fases diversas ao longo da história. Experimentou épocas áureas e outras de retrocesso, cada uma delas fruto de um momento diferente e, ao mesmo tempo, necessária como preparação para a etapa seguinte.

É preciso reconhecer que até mesmo o período chamado de neutralização do poder da vítima teve, certamente, papel positivo na história: o de afastar a ideia de vingança. Talvez esse retrocesso

na valorização da vítima na Idade Média e, em especial, com o fortalecimento das Monarquias e do Estado Moderno, tenha sido necessário para a construção de uma terceira fase, em que a vítima fosse redescoberta sob uma nova ótica de valorização da dignidade humana. É a antítese tão necessária para a construção da síntese.

A fase de neutralização deixou como legado um Direito Penal de ordem pública, em que cabe ao Estado reprimir o crime. Contudo, a vítima passou a ter apenas a tarefa de comunicar o crime e contribuir em sua apuração. Nessa fase, os olhares voltaram-se para o réu, ocorrendo também a tão necessária humanização das penas.

Vivenciados esses dois momentos, o Direito Penal estava, finalmente, pronto para a fundamental síntese, em que os direitos e o respeito ao criminoso estariam associados à preocupação com a dignidade da vítima. Com o fim das duas guerras mundiais, o Direito Penal volta, novamente, sua atenção para a vítima e inicia-se a fase que ainda hoje está em construção.

É preciso reconhecer que têm sido enormes os avanços quanto à valorização da vítima na legislação penal brasileira.

Hoje, merece ser destacada a proteção de grupos de vítimas específicas como a criança e o adolescente, o idoso e a mulher, tutelados respectivamente pelas Leis 8.069/1990, 10.671/2003 e 11.340/2006.

A Lei 9.807/1999 é também um grande avanço, tendo em vista que busca, especificamente, a proteção a vítimas e

testemunhas ameaçadas e a acusados ou condenados que tenham colaborado com a investigação e com o processo criminal.

A Lei 9.099/1995, por sua vez, inaugura uma nova forma de pensar a solução do conflito surgido com o crime e representa uma grande conquista do movimento vitimológico. A realização da composição civil, por exemplo, mostra-se de fundamental importância para a vítima, uma vez que lhe retira a necessidade de propositura de uma ação civil para ver-se reparada.

No Juizado Especial Criminal, as partes sentem-se mais próximas e mais livres para ponderar acerca da solução do conflito, o que, certamente, gera maior grau de satisfação e minimiza a vitimização secundária. A vítima atua de forma mais efetiva e sente que sua participação é importante para a condução do processo criminal.

A reparação do dano, grande destaque da Vitimologia, esteve presente em nosso ordenamento jurídico desde o Código Criminal do Império. Hoje se encontra prevista, por exemplo, na Lei 9.099/1995, no Código Penal e no Código de Trânsito Brasileiro. Contudo, certamente, a previsão legal dessa reparação em diversos diplomas legais não é suficiente para que a vítima se sinta amparada, pois, tendo em vista a situação financeira de muitos autores de crimes, a inadimplência dessa obrigação mantém a sensação de impunidade que a vítima carrega.

Além disso, a despeito da existência de diplomas legais, como a Lei 11.340/2006 e a Lei 10.741/2003, que preveem proteção ampla para a mulher e para o idoso, respectivamente,

faz-se necessária a implementação de políticas públicas que possibilitem a concretização da proteção prevista nessas leis. Isso inclui, por exemplo, prover o serviço público de recursos humanos e materiais suficientes para que essas (e outras) vítimas recebam um tratamento apto a fazer com que se sintam protegidas pelo Estado, o que evita, pelo menos, a vitimização secundária.

Percebe-se, assim, que o tratamento da vítima pelo Direito Penal hoje carece mais de efetividade que de uma produção legislativa propriamente dita, tendo em vista o avanço vivenciado nessa seara. Contudo, há sempre algo a melhorar e aperfeiçoar.

Tendo em vista a sensação de impunidade que, por diversas vezes, acompanha as vítimas de crimes, uma proposta seria uma maior participação delas na solução do conflito, a exemplo do que é feito no âmbito da Lei 9.099/1995, que possui uma orientação comprometida com a figura da vítima.

Mesmo no que se refere aos crimes de maior potencial ofensivo, seria interessante a tentativa de uma composição civil dos danos antes da instrução criminal, o que, caso ocorresse, não configuraria extinção da punibilidade, pois isso seria formalizar a impunidade, mas uma atenuante penal, por exemplo.

Se não fosse possível a composição civil, a vítima poderia ser indagada acerca de uma pena restritiva de direitos que, aplicada em momento oportuno, gerasse nela a sensação de que seu sofrimento não ficou impune, o que seria considerado pelo juiz na ocasião da aplicação da pena. Ressalte-se que a aplicação

dessa pena sugerida pela vítima poderia ocorrer também nos casos em que fosse inadimplida a reparação de danos.

Tais medidas aproximariam a vítima da condução do processo, diminuiriam a sensação de impunidade, porque haveria sua participação no direcionamento acerca da pena aplicada, bem como possibilitariam a pacificação social, objetivo almejado por todos.

Seria também interessante que, aplicada a pena privativa de liberdade, o trabalho fosse obrigatório e parcela do salário fosse direcionada à vítima, por um período de tempo determinado judicialmente.

A justiça pública é, indubitavelmente, uma conquista histórica que precisa ser preservada. Não se propõe, certamente, um retorno à vingança privada, mas uma maior participação da vítima na solução de um conflito em que ela é um dos sujeitos mais interessados. Ademais, a atuação do Ministério Público e do Judiciário é suficiente para que essa participação da vítima ocorra sem que haja desrespeito aos direitos do acusado ou do condenado.

É necessário ponderar os interesses da vítima e seu sofrimento com os direitos conquistados pelos acusados ao longo da história, os quais devem ser defendidos por todos os operadores do direito. Deve-se buscar que, ao final de um processo criminal, a vítima sinta que foi protegida de forma efetiva pelo Estado, pois só isso gerará a sensação de justiça que todos buscam.

4 Conclusão

No tocante ao espaço da vítima no Direito Penal, considera-se a existência de três grandes momentos: a “idade de ouro” da vítima; a neutralização do poder da vítima; e a revalorização do papel da vítima.

Os primeiros estudos vitimológicos enfocaram a participação da vítima na gênese do crime e na reparação do dano e, posteriormente, iniciou-se o interesse por mecanismos de proteção da vítima.

Especialmente na década de 90, notaram-se reflexos dos estudos vitimológicos na legislação penal brasileira, embora a vítima já fosse, ainda que timidamente, considerada em diplomas legais, tais como no Código Criminal do Império, que previa a reparação de danos.

O Código Penal Brasileiro de 1940 considerou a participação da vítima na gênese do crime em diversos dispositivos, tais como na previsão do homicídio privilegiado, da legítima defesa e na concessão de perdão judicial na injúria.

Com a reforma do Código Penal de 1984, foram incluídos expressamente no texto princípios vitimológicos referentes ao comportamento da vítima (artigo 59) e à reparação do dano como efeito específico da pena (artigo 91, I). Há, ainda, previsão referente à reparação de danos nos artigos 16; 65, III, b; 33, §4º; 78, §2º; 81, II; 83, IV e 94, III. Ressalta-se também a pena de prestação pecuniária, incluída no artigo 45, §§ 1º e 2º do Código Penal pela Lei 9.714/1998.

Quanto à Constituição da República, faz-se necessário considerar que ela carece de prever maior proteção à vítima, uma vez que dispensa a ela apenas o artigo 245, com a previsão de assistência aos herdeiros de vítimas de crimes dolosos. Tal dispositivo, contudo, não assegura direito à assistência pública para a própria vítima. Nesse ponto, vale destacar a proposta de Lélío Braga Calhau no sentido de que a proteção à vítima seja reconhecida como direito constitucional fundamental.

Na legislação penal especial, merecem ser destacadas como fruto do movimento vitimológico as Leis 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 9.099/1995, que trata dos Juizados Especiais; 9.807/1999, referente à proteção a vítimas e testemunhas; 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro); 11.340/2006, que versa sobre a proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar; 10.791/2003 (Estatuto do Idoso).

Por fim, é imprescindível mencionar o projeto do novo Código Penal (PLS 236/2012), que demonstra um crescimento da influência da Vitimologia na legislação penal brasileira, em previsões como a delação premiada, em que uma das contribuições que o colaborador pode oferecer é a localização da vítima com sua integridade física preservada.

Percebe-se que a produção legislativa voltada para a proteção da vítima tem crescido bastante e talvez o desafio atual seja um trabalho voltado para a concretização dessa proteção, com a implementação de políticas públicas voltadas para essa finalidade e com o comprometimento de toda a sociedade.

Mas, além desse desafio de efetivação, há ainda mudanças que podem ser idealizadas com vistas a diminuir o sentimento de impunidade e injustiça que acompanha muitas vítimas. Uma iniciativa interessante seria a de incorporar ao processo penal como um todo a orientação de comprometimento com a figura da vítima, inaugurada pela Lei 9.099/1995.

A tentativa de composição civil antes da instrução criminal, a participação da vítima na escolha da pena restritiva de direitos a ser aplicada e a destinação de parcela do salário obtido pelo condenado à vítima são medidas que, certamente, aproximariam a vítima da condução do processo, diminuiriam a sensação de impunidade e possibilitariam a tão desejada e necessária pacificação social.

A vítima constitui um dos objetos de estudo da Criminologia, juntamente com o delito, o delinquente e o controle social. Assim, o fenômeno do crime apenas será compreendido de forma completa quando a vítima for considerada como figura relevante. E, mais que isso, só será possível dizer que a justiça aconteceu em cada caso concreto a partir do momento em que a vítima se sinta integralmente respeitada em sua dignidade.

Title: The influence of victimology on brazilian criminal law

Abstract: The article aims to analyze the influence of Victimology on Brazilian Criminal Law and present a proposal looking to a stronger protection of the victim. Regarding the victim's status in the criminal law, it is considered that there are three great moments: the "golden age" of the victim; the neutralization of the victim's power; and the upgrade of the victim's role. Especially in the 90s, reflexes of victimology studies were seen on

Brazilian criminal law, although the victim was already, albeit timidly, considered in legislation. The influence of Victimology on Brazilian criminal law has been increasing, something which is seen in the current Criminal Code, the project of the New Penal Code and in the special legislation, particularly in the Law 8.069 / 1990 (Statute of Children and Adolescents); in the Law No. 9.099 / 1995, which regards the Special Courts; in the Law No. 9.807 / 1999, concerning the protection of victims and witnesses; in the Law No. 9503/1997 (Brazilian Traffic Code); in the Law No. 11.340 / 2006, which deals with the protection of women victims of domestic violence; in the Law No. 10.791 / 2003 (Senior citizen statute). The victim protection has yet to be effective, something which can be achieved through public policies and greater victim participation in the conduct of criminal proceedings..

Keywords: Victim. Victimology. Criminal Law. Criminal legislation.

Referências

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia: à luz do direito penal e da vitimologia*. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

BRASIL. Congresso. Senado. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 – (novo Código Penal)*. Relatório final. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/>

materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 19 set. 2014.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 19 maio 2015.

CALHAU, Lélío Braga. *Proposta de Emenda Constitucional sobre o tratamento da vítima de crime como direito fundamental*. 2009. Disponível em: <<http://www.lesiobragacalhou.com.br/proposta-de-emenda-constitucional-sobre-o-tratamento-da-vitima-de-crime-como-direito-fundamental/>>. Acesso em: 12 set. 2014.

CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRACINI NETO, Ricardo. A violência doméstica sob a ótica da criminologia. In: SÁ, Alvinho Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 67-98.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Legislação criminal especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. (Coleção ciências criminais, v. 6).

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

LIMA, Fausto Rodrigues; SANTOS, Claudiene (Coord.). *Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MOREIRA FILHO, Guaracy. *Vitimologia: o papel da vítima na gênese do delito*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PELLEGRINO, Laercio. *Vitimologia: história, teoria, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PIRES, Amom Albernaz. A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação no Tribunal do Júri. *Jus Brasil*. 10 mar. 2015. Disponível em: <http://amomalbernaz.jusbrasil.com.br/artigos/172762972/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri?ref=news_feed>. Acesso em: 20 mar. 2015.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRUDENTE, Neemias. *Principais mudanças e polêmicas: projeto de novo Código penal (PLS 236/2012)*. 2013.

Disponível em: <<http://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942830/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-penal-pls-236-2012>>. Acesso em: 19 set. de 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

FREITAS, Cristiane Denise de. A influência da vitimologia na legislação penal brasileira. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 19-73, 2016. Anual.

Submissão: 27/4/2016

Aceite: 6/10/2016

Ministério Público e o atendimento à vítima no processo penal

Lia de Souza Siqueira

Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Titular da 2ª Promotoria Criminal, Especial Criminal e de Defesa da Mulher em Situação de Violência Doméstica de Brasília. Membro auxiliar do Núcleo de Gênero Pró-mulher e do Núcleo de Enfrentamento à Violência e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes do MPDFT. Pós-Graduação (Mestrado) em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Pós-Graduação (Especialização) em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do MPDFT. Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo.

Resumo: Este trabalho estuda os fundamentos constitucionais das contribuições do Ministério Público no atendimento à vítima no processo penal. O tratamento dispensado à vítima teve uma fase de total protagonismo, passou pela do completo esquecimento e, posteriormente, foi redescoberto no século XX. Modernamente, a atenção às vítimas é decorrência da dignidade da pessoa humana e do princípio da proteção penal eficiente, que exigem do Estado a tutela equivalente e simultânea dos direitos do réu – abstenção – e dos interesses da sociedade e da vítima de serem aplicada a lei penal – prestação. O Ministério Público, como garantidor dos direitos fundamentais, inclusive na esfera penal, contribui com o aperfeiçoamento dos procedimentos processuais penais para que sejam dotados de maior participação democrática e de garantias com o objetivo de atender as vítimas. Como exemplos, estuda-se a atuação ministerial no atendimento à vítima nos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, na violência doméstica e familiar contra a mulher e nas propostas de justiça restaurativa.

Palavras-chave: Ministério Público. Processo Penal. Vítima. Constituição Federal. Juizados Especiais Criminais. Lei Maria da Penha. Justiça restaurativa.

Sumário: Introdução. 1 A vítima e a dignidade da pessoa humana. 1.1 A redescoberta da vítima. 1.2 A atenção à vítima como decorrência da dignidade da pessoa humana e do princípio da proteção penal eficiente. 2 A dimensão constitucional do Minis-

tério Público sob o enfoque da vítima. 2.1 Dimensão constitucional do Ministério Público na seara criminal. 2.2 A atenção dada à vítima pelo Ministério Público como decorrência de sua dimensão constitucional. 3 Contribuição do Ministério Público para um novo olhar sobre a vítima. 3.1 Transação penal e suspensão condicional do processo. 3.2 Violência doméstica e familiar contra a mulher. 3.3 Ministério Público na Justiça Restaurativa. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

Este trabalho estuda os fundamentos constitucionais e os mecanismos processuais pelos quais o Ministério Público atua para atender as vítimas no processo penal.

Historicamente, o tratamento dispensado à vítima durante o processo penal passou por três fases: a da vingança privada, caracterizada pela aplicação da justiça pelo próprio ofendido; a da neutralização da vítima, que ocorreu na esteira dos movimentos iluministas e da Escola Clássica do Direito Penal, em que o Estado substituiu o ofendido para aplicar o direito em nome da sociedade; e a da redescoberta da vítima, que ocorreu a partir dos estudos vitimológicos das décadas de 70 e 80 do século XX.

Modernamente, a atenção às vítimas é corolário da dignidade da pessoa humana e do princípio da proteção penal eficiente, os quais exigem do Estado, por meio do Direito Penal e do processo, a atenção aos direitos dos réus sem olvidar-se do interesse social e dos ofendidos de verem aplicada a lei penal.

Conforme configuração dada pela Constituição da República, o Ministério Público atua como garantidor dos direitos

fundamentais, inclusive na esfera penal, contribuindo para que se aperfeiçoem procedimentos, dotando-os de maior participação democrática e de garantias. Com isso, atua decisivamente na construção e na aplicação de mecanismos para atender as vítimas, como nos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, e nas propostas de justiça restaurativa.

Este artigo é dividido em três seções. Na seção 1, apresenta-se o movimento de redescoberta das vítimas pelo processo penal e explicita-se a atenção à vítima como decorrência do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e do princípio da proteção penal eficiente. Na seção 2, aborda-se o Ministério Público em sua dimensão constitucional na seara criminal e como, a partir dessa configuração, decorre a necessidade de atenção à vítima. Na seção 3, são apresentadas algumas contribuições do Ministério Público para um novo olhar sobre a vítima, por meio da transação penal e da suspensão condicional do processo, da atenção dada aos processos sobre violência doméstica e familiar contra a mulher e da justiça restaurativa.

1 A vítima e a dignidade da pessoa humana

1.1 A redescoberta da vítima

O movimento de redescoberta da vítima no processo penal se deu após a Segunda Guerra Mundial (SHECAIRA, 2004, p. 52-53), acompanhando a tendência generalizada de valorização dos direitos humanos, e ganhou corpo com os estudos vitimológicos dos anos 70 e 80 do século XX. A abordagem diferencia-se dos

estudos anteriores¹ por trazer maior sistematização ao estudo da vítima e ao seu papel no Direito Penal e no Processo Penal (RODRIGUES, 2014, p. 44).

A literatura aponta numerosas razões pelas quais as vítimas foram negligenciadas pelo Direito Penal e Processual moderno. Destaca-se a importância social da figura do vencedor (o criminoso) em detrimento do perdedor (a vítima), de forma que as pessoas se identificariam com o agressor (MAZZUTTI, 2012, p. 115; OSÓRIO, 2010, p. 1085). De outro lado, chama-se a atenção para o fato de que o nascimento do Direito Penal tem como marcos a tentativa de superar a vingança privada e a substituição da relação bilateral ofendido-ofensor pela relação trilateral ofendido-ofensor-autoridade judiciária (FERRAJOLI, 2014, p. 311). Passou-se, assim, a uma postura de neutralização da vítima e de racionalização, profissionalização e burocratização (RODRIGUES, 2014, p. 39) dos órgãos e instituições estatais encarregados de administrar a justiça, centrada em perspectivas doutrinárias de políticas criminais relacionadas ao Iluminismo e à Escola Clássica (SHECAIRA, 2004, p. 51).

¹ Desde a Antiguidade já havia disciplina acerca da vítima, como indica a Lei do Talião, e também os estudos do positivismo criminológico do século XIX já manifestavam atenção em relação às vítimas dos delitos (RODRIGUES, 2014, p. 44). Uma breve análise desse histórico também pode ser encontrada em: Rodrigues (2014, p. 30-51) e Osório (2010, p. 1085-1089). Para um breve histórico do desenvolvimento da vitimologia e o papel do feminismo norte-americano na mudança de perspectiva nos estudos da vítima, conferir Mazzutti (2012, p. 57-69).

As razões pelas quais a vítima surgiu e ganhou espaço também são variadas, destacam-se a macrovitimização do holocausto, o aprofundamento dos estudos sobre direitos fundamentais, o aumento da criminalidade nos centros urbanos, as ameaças de guerra nuclear e os estudos do que se convencionou chamar de “sociedade de risco”² (MAZZUTTI, 2012, p. 51-53; RODRIGUES, 2014, p. 43).

Inicialmente, os estudos vitimológicos ensejaram uma culpabilização da vítima e, posteriormente, passaram a focar seus direitos e necessidades (MAZZUTTI, 2012, p. 69-70; RODRIGUES, 2014, p. 45). Seguiu-se uma proliferação de normas internacionais e internas sobre as vítimas, bem como de estudos acadêmicos que abarcam desde o movimento político-criminal da Lei e Ordem, o qual defende um engajamento em

² De fato, são numerosos os estudos que iniciam sua análise situando o debate nos altos índices de criminalidade e da percepção de que os riscos na sociedade atual são constantes, a exemplo de Osório (2010 p. 1084-1085). Sobre a importância da teoria criminológica da reação social ou etiquetamento para uma mudança de paradigma, deslocando os estudos das explicações do crime para as instâncias de controle social, conferir Mazzutti (2012, p. 65-66). Sobre as teorias do risco, conferir Fabretti (2014, p. 5-43). Giddens (1991, p. 111-112; 126-127) chama a atenção para o fato de que os riscos nas sociedades modernas não derivam primariamente do mundo da natureza, mas são resultados do conhecimento socialmente organizado. Além disso, nas sociedades modernas globalizadas, aumentam-se a intensidade do risco – como guerras nucleares e terrorismo –, a consciência da existência do risco – pois as lacunas de conhecimento não podem ser convertidas em certezas, como antes faziam os sistemas religiosos e mágicos –, a consciência da abrangência dos riscos – que são distribuídos por toda a sociedade – e a consciência dos limites dos sistemas peritos. Criticando o termo sociedade de risco, pois não haveria conduta livre de riscos na sociedade moderna: Volpe Filho (2013, p. 47-58).

favor da vítima por meio do Direito Penal máximo e Estado Social mínimo, até o pensamento criminológico marxista e a criminologia crítica, que enfatiza as vítimas concretas de crimes (MAZZUTTI, 2012, p. 66-67).

Também em consequência do fortalecimento do movimento criminológico, observa-se o desenvolvimento de políticas sociais em favor das vítimas, destacando-se programas de assistência e de reparação (RODRIGUES, 2014, p. 50-51).

O Brasil acompanhou o movimento histórico de esquecimento e de posterior redescoberta da vítima. Entretanto, a primeira tarefa de que se ocupa a literatura nacional é estabelecer o que se pretende analisar com o termo *vítima*. Para os fins deste estudo, a vítima é o sujeito passivo da infração penal e o sujeito prejudicado, isto é, aquele que é titular do bem jurídico violado pelo crime, o que sofre, direta ou indiretamente, as consequências do delito e o titular do direito à reparação do dano causado (MAZZUTTI, 2012, p. 42-46; OSÓRIO, 2010, p. 1089; RODRIGUES, 2014, p. 51-55).

Estabelecido esse parâmetro, extrai-se do sistema processual penal brasileiro, pelo menos em sua interpretação tradicional, a pequena contribuição esperada e permitida à vítima. Inicialmente, o acesso às instituições que proporcionam o registro da *notitia criminis* é limitado e carece de preparo para seu acolhimento (RODRIGUES, 2014, p. 56-57). Além disso, a investigação e a ação penal correm independentemente de sua contribuição, já que são poucas as hipóteses de ações penais privadas e públicas

condicionadas à representação e o instituto da assistência é limitado e supletivo. Quando chamada a falar na persecução penal, sua atuação é considerada meio de prova e seu comportamento é julgado para fins de estabelecer sua credibilidade e aceitabilidade na posição de vítima do delito, isto é, espera-se que a vítima se mostre traumatizada ou enraivecida.

Quando menciona expressamente a vítima, a Constituição da República o faz no artigo 245 apenas para estabelecer que lei disporá sobre hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos seus herdeiros e dependentes carentes, somente em caso de crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do delito. A vítima, em si, não foi objeto de proteção constitucional explícita. Entretanto, a *ratio essendi* de seu resgate repousa na dignidade da pessoa humana e na vedação à proteção penal deficiente, como será visto na próxima subseção.

1.2 A atenção à vítima como decorrência da dignidade da pessoa humana e do princípio da proteção penal eficiente

Os estudos vitimológicos sustentam que o processo de esquecimento da vítima é violador do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, já que ela se vê alijada dos acontecimentos no âmbito do sistema de justiça criminal e, com isso, pode ter frustrados seus interesses e expectativas em relação à atuação estatal.

A dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca dos seres humanos (SARLET, 2008, p. 44), constituindo supremo modelo ético que reúne a totalidade dos valores orientadores da vida (RODRIGUES, 2014, p. 58). No Brasil, encontra previsão na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro.

A consagração da dignidade da pessoa humana permitiu o questionamento aos modelos jurídicos dos Estados autoritários e a paulatina humanização do processo penal em relação à proteção à pessoa do acusado (MAZZUTTI, 2012, p. 49). De fato, há várias disposições constitucionais acerca da proteção do investigado e do réu na persecução penal, ao contrário do que ocorre com as vítimas, as quais nem sequer são expressamente mencionadas no artigo 5º da Constituição Federal.³

Os movimentos vitimológicos, por sua vez, enfatizam que a dignidade da pessoa humana também se estende à vítima, de forma que somente sua participação na persecução penal permitiria a concretização de seus direitos fundamentais, o seu amparo efetivo e a solução do conflito (MAZZUTTI, 2012, p. 65; RODRIGUES, 2014, p. 61).

Na mesma esteira, Câmara (2008, p. 138-141) destaca que o Direito Penal é chamado a resolver problemas de vitimização

³ Nesse sentido, a Proposta de Emenda Constitucional nº 304, de 2013, propõe a alteração do inciso IV do art. 201 e acrescenta o inciso VI ao art. 203 da Constituição Federal, para extinguir o auxílio-reclusão e criar benefício para a vítima de crime. Inteiro teor e tramitação disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589892>>.

na sociedade contemporânea. Embora as garantias devam ser observadas e não se deva cair em um eficientismo sem medida, é preciso que o Direito Penal continue a trazer confiança à população (vítimas potenciais dos crimes) e prevenir a eclosão da macrovitimização. O autor acredita que, caso sejam mantidas a culpabilidade, a *ultima ratio* e o caráter antropocêntrico (dignidade da pessoa), o Direito Penal pode ser flexibilizado e plasmado de acordo com as diferentes manifestações delitivas, a fim de não permitir uma liberdade inescrupulosa capaz de desintegrar os Estados e frustrar as expectativas sociais.

O Direito Penal desempenha importante papel de controle e estabilização social, que não deve ser desprezado. Isso não significa que o encarceramento deva ser usado em todas as hipóteses; ao contrário, as funções preventivas e reparatorias são muito mais eficazes. O sistema penal não é o único, mas é um dos meios que a sociedade tem para impedir que grandes riscos se concretizem, sendo que a ameaça da pena se legitima pela necessidade de estabilização e confiança num futuro seguro (CÂMARA, 2008, p. 141).

Portanto, não haveria dicotomia entre os direitos da vítima e os direitos do acusado, mas sim uma complementaridade, tendo em vista que todos são dotados de dignidade. Assim, da mesma forma que não se pode punir fora dos ditames constitucionais e legais, também não é autorizado que se atue de forma a privar a sociedade de segurança e a vítima, de atenção e reparação.

Essas afirmações são decorrências do princípio da proibição da insuficiência, uma das vertentes do princípio da proporcionalidade, e se traduz no dever de tutelar direitos fundamentais de forma suficiente por meio do Direito Penal (STRECK, 2009, p. 73). Nesse sentido, a norma penal atua para a proteção de direitos não só na dimensão negativa, de defesa do indivíduo (em geral, o acusado) em face do Estado, mas também impondo ao Estado a proteção do conjunto de valores objetivos de uma comunidade para que os indivíduos possam concretizar seus direitos fundamentais (STRECK, 2009, p. 90). Ou seja, a tutela dos direitos fundamentais pelo Direito Penal também se compõe de ações negativas (abstenções) e positivas (prestações) do Estado (ALEXY, 2015, p. 433). Essas afirmações ganham relevo ao se observar que o Estado detém o monopólio da aplicação da pena, ou seja, não são dados aos particulares e à sociedade em geral instrumentos para que atuem na promoção da persecução penal. Por isso, a prestação estatal deve se revestir de absoluta eficiência.

No que toca à participação da vítima no processo penal, as ações positivas do Estado implicam o dever de atuar para que os direitos fundamentais dela sejam observados, garantindo a ela os direitos à informação e à participação na persecução penal.

Nas próximas seções, veremos como o Ministério Público pode contribuir para a concretização desses direitos.

2 A dimensão constitucional do Ministério Público sob o enfoque da vítima

2.1 Dimensão constitucional do Ministério Público na seara criminal

O Ministério Público é definido, no artigo 127 da Constituição da República de 1988, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Constitui-se um dos textos normativos mais avançados do mundo para garantir a existência de uma instituição para a defesa desses direitos e princípios (SUXBERGER, 2010, p. 173).

O mencionado dispositivo constitucional estabelece uma missão ao Ministério Público, vale dizer, uma incumbência e um compromisso-dever de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis a fim de, em última instância, atingir um dos objetivos da República, o de construir uma sociedade livre, justa, solidária e despida de preconceitos, conforme preceitua o artigo 3º da Constituição da República (ALMEIDA, G., 2012, p. 42; GOULART, 2013, p. 109).

Essa releitura vai ao encontro do neoconstitucionalismo, que objetiva romper as barreiras interpretativas do positivismo legalista e superar o paradigma do direito como mero reproduzidor da realidade. O direito passa, assim, a ser dinâmico em suas

estruturas e valores, e capaz de transformar a realidade social (ALMEIDA, G., 2012, p. 45-47). Com isso, a caracterização dada ao Ministério Público pela Constituição como instituição permanente, com a missão de atingir os objetivos da República, acrescenta novos contornos às suas atribuições, pois essa instituição passa a intervir na realidade por meio de ações político-jurídicas, a fim de promover mudanças na ordem social (GOULART, 2013, p. 116).

O Ministério Público, como agente da democracia, como agente político, exige novos métodos e fórmulas aptos a otimizar suas atribuições, sempre com o intuito de maximizar a efetivação dos direitos fundamentais. Dessa forma, atua em duas frentes: intervém para garantir os objetivos imediatos, repercutindo no cotidiano das pessoas, e os mediatos, a fim de contribuir para a transformação social estrutural (GOULART, 2013, p. 205).

A concretização da previsão jurídica dos direitos humanos passa a ser um comprometimento do Ministério Público, isto é, a instituição passa a atuar tendo em consideração os contextos sociais subjacentes ao jurídico e buscando o empoderamento do cidadão (SUXBERGER, 2010, p. 197). Isso implica recuperar o conteúdo político da defesa dos direitos fundamentais, já que eles são indissociáveis por constituírem decorrências de conflitos e antagonismos reais (SUXBERGER, 2010, p. 200-213).

Na seara criminal, define o artigo 129, inciso I, da Constituição, que compete privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública, atribuição que é detalhada pelo

Código de Processo Penal e pela legislação esparsa. A singeleza aparente do dispositivo não se confunde com a singeleza das atribuições da instituição, pois as tarefas incumbidas ao Ministério Público pela Constituição em seu artigo 127 permanecem presentes mesmo na atuação criminal, isto é, a investigação e a promoção de ação penal não podem olvidar da defesa dos direitos e princípios constitucionalmente assegurados (MAZZILLI, 2000, p. 59). Assim, o Ministério Público deixa de atuar como “Procurador do Rei” para cumprir papel de “Defensor do Povo” (GOULART, 2013, p. 169; MAZZILLI, 2000, p. 107-109).

O desafio na persecução penal é a busca do equilíbrio entre o interesse social da responsabilização pela prática de um crime (prevenção e repressão) e a proteção dos direitos do acusado. E, tendo em vista que é ao Ministério Público que cabe, com exclusividade, o ajuizamento da ação penal pública, a ele também é conferida a possibilidade de contribuir para o aperfeiçoamento dos procedimentos criminais a fim de que sejam dotados de maior participação democrática e garantias (GOULART, 2013, p. 170). Ele é, também, um dos principais responsáveis pela condução da política criminal (FERNANDES, 2001, p. 664).

Esse poder-dever de contribuir para o aperfeiçoamento do sistema de justiça criminal também decorre da circunstância de que ao Ministério Público incumbe a defesa da dignidade da pessoa humana. Como visto acima, esse postulado se exprime na obrigação do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual e, ao mesmo tempo, na responsabilidade de proteger

o indivíduo contra a interferência de terceiros. Essa última vertente, chamada de “dignidade como tarefa” (SARLET, 2008, p. 115-116), impõe ao Estado o dever de implementar medidas procedimentais, legislativas e organizacionais para evitar lesões a direitos fundamentais e, caso ocorram, o de interrompê-las, bem como o de minimizar e reparar os danos delas decorrentes.

O Ministério Público faz parte da estrutura organizacional de defesa de direitos, especialmente na seara criminal, e nela tem atribuições de investigação, exclusividade de ajuizamento da ação e função de *custus legis* ao longo de toda a persecução penal. Em geral, essas funções são enfatizadas para a defesa dos direitos do acusado (GOULART, 2013; SUXBERGER, 2010), sendo pouco estudado como as fragilidades e as desigualdades sociais expõem determinados grupos sociais a uma maior vitimização. Porém, o Ministério Público também desempenha papel de defesa da sociedade como um todo e, nesse contexto, inclui-se a vítima.

2.2 A atenção dada à vítima pelo Ministério Público como decorrência de sua dimensão constitucional

Inicialmente, é necessário advertir que a atenção dispensada à vítima pelo Ministério Público não se confunde com a hipótese de considerá-lo como advogado dos interesses do ofendido em oposição aos interesses do réu (RIBEIRO, 2003, p. 110). A doutrina enfatiza que o interesse tutelado no processo criminal não é do Ministério Público, visto que a ele não pertence o direito essencialmente violado com o delito, de modo que ele

não tem direito à jurisdição, mas sim o dever, previsto em lei, de promover a persecução penal. Da mesma forma, o Estado deve a ação penal não para a vítima, mas para toda a sociedade, interessada na proteção dos direitos tutelados pela ordem jurídica (LIMA, 2014, p. 186).

A persecução penal e, portanto, a atuação do Ministério Público, é comprometida não com o interesse particular da vítima, mas sim com o atendimento do interesse permanente da sociedade na defesa dos direitos fundamentais tutelados pelo Direito Penal, sem abuso ou violação dos direitos do acusado (RIBEIRO, 2003, p. 133-134).

Entretanto, uma maior atenção dada à vítima pelo Ministério Público no processo penal se coaduna com a sua missão de defender a dignidade da pessoa humana, de tutelar os direitos fundamentais, bem como de promover a democratização dos procedimentos criminais e o empoderamento dos cidadãos.

O tratamento dispensado à vítima no processo penal, sem a preocupação de sua caracterização como sujeito de direitos, implica não só um processo primário de vitimização – ter sido vítima de um crime –, mas também um secundário ou sobrevitimização – associado ao sistema de justiça criminal – e um terciário – falta de amparo do Estado e de receptividade social (MAZZUTTI, 2012, p. 72-73; RODRIGUES, 2014, p. 55; SHECAIRA, 2004, p. 55). Assim, a atenção aos direitos da vítima se traduz no seu direito de participar do processo, de ser ouvida, de ser tratada com cordialidade, de ser informada sobre as redes de atendimento e

proteção, e, com isso, de ver o conflito subjacente gerado pelo crime efetivamente abordado e resolvido.

Nessa perspectiva, o processo penal pode ser visto como instrumento pedagógico (ALMEIDA, G., 2012, p. 64), permitindo ao Ministério Público fornecer informações sobre os direitos fundamentais e se aproximar da comunidade para se inteirar sobre as causas da criminalidade. Com isso, as funções preventivas são potencializadas.

Ademais, a solução de conflitos exclusivamente pela via judicial vem se mostrando insuficiente (ALMEIDA, G., 2012, p. 52), de modo que a atuação ministerial não se restringe somente ao processo, inclusive no âmbito criminal. Engloba, também, uma atuação integrada e em rede, como negociador e auxiliar na formulação de políticas públicas, promovendo, assim, a efetiva defesa dos direitos, inclusive sob a perspectiva da vítima.

Algumas dessas abordagens podem ser imediatamente implementadas ao sistema processual vigente, como demonstram experiências pontuais e bem-sucedidas; outras, porém, apenas mediante alterações legislativas. É o que se verá a seguir.

3 Contribuição do Ministério Público para um novo olhar sobre a vítima

3.1 Transação penal e suspensão condicional do processo

A Lei nº 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a partir do comando do art. 98, inciso I, da Constituição

Federal, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Tais institutos surgem como tentativas de flexibilizar a persecução penal, num fenômeno denominado “diversão”, isto é, a busca de alternativas ao modelo tradicional para a solução dos conflitos penais (FERNANDES, 2001, p. 133). Desse fenômeno fazem parte desde as propostas mais extremas de justiça informal, que retiram o Estado da solução dos conflitos, até institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo, os quais funcionam dentro e segundo a principiologia do próprio sistema penal, mas sob a perspectiva do consensualismo (FERNANDES, 2001, p. 139).

O objetivo declarado da Lei nº 9.099/95 era evitar a pena de prisão para infrações menos graves, em resposta a parte da crise de legitimidade do Direito Penal (DEMARCIAN; MALULY, 2008, p. 2-3; MAZZUTTI, 2012, p. 95; RODRIGUES, 2014, p. 235-244). Afirmou-se, também, uma preocupação com a vítima, na esteira dos movimentos vitimológicos (FERNANDES, 2001, p. 674), já que os institutos despenalizantes foram condicionados à reparação dos danos. Esse compromisso com a vítima, alçado a um dos critérios orientadores dos Juizados Especiais no artigo 62 da Lei e aliado a toda a sistemática de proteção de sua dignidade e direitos fundamentais no âmbito do Direito Penal, condiciona a interpretação dos institutos e a atuação do Ministério Público.

O artigo 74, parágrafo único, estabelece que a composição civil dos danos, para as ações penais privadas e públicas

condicionadas à representação, extingue a punibilidade do agente, o que alça a participação da vítima a novo patamar. Nesses casos, é a satisfação do interesse da vítima que dita a continuidade ou não do processo penal.

Frustrada a composição ou em ações penais públicas incondicionadas, e preenchidos os requisitos do artigo 76 da Lei nº 9.099/95, a participação da vítima deixa de existir. É consenso na doutrina e na jurisprudência que a vítima não tem interferência alguma na proposta da transação penal formulada pelo Ministério Público (FERNANDES, 2001, p. 603).

Entretanto, em uma leitura alinhada com os objetivos de atenção à vítima, é possível ao Ministério Público acenar com atenuação das condições a serem impostas na transação penal em caso de sucesso na composição civil, estimulando ainda mais a reparação dos danos do ofendido (FERNANDES, 2001, p. 589-590).

Além disso, a vítima pode ter contribuição decisiva na apresentação de informações para nortear a proposta de restrição de direitos pelo Ministério Público. Essas informações podem ser angariadas já na fase investigativa, mas, por expressa determinação legal (artigo 69 da Lei nº 9.099/95), o termo circunstanciado é marcado por informalidade e celeridade, não havendo espaço para longas apreciações sobre a vida dos envolvidos.

Em geral, a audiência designada para a composição civil e posterior transação penal constitui o primeiro contato do membro do Ministério Público com a vítima e, nessa ocasião, ela pode

fornecer informações importantes sobre as circunstâncias que envolvem o fato criminoso, especialmente nos casos de delitos praticados entre pessoas próximas (o que ocorre, por exemplo, em ameaças, lesões corporais, maus-tratos, crimes contra idosos). Não são incomuns lesões corporais praticadas por filhos contra pais (ou vice-versa) decorrentes de uso abusivo de álcool e/ou drogas, circunstância que pode e deve ser indagada da vítima no primeiro contato com o Ministério Público, a fim de que, por exemplo, seja aplicada na transação penal uma medida que aborde essas circunstâncias, como encaminhamento aos Centro de Atenção (CAPs), em atenção ao artigo 48 do Código Penal.

Essa providência, além de atender ao interesse da vítima na solução dos conflitos de base que ocasionaram a ocorrência do crime, vai ao encontro das modernas teorias criminológicas que questionam a aplicação de penas restritivas de liberdade na ressocialização do autor do delito.

No âmbito da suspensão condicional do processo, a reparação dos danos à vítima constitui condição obrigatória para a declaração da extinção da punibilidade (DEMARCIAN; MALULY, 2008, p. 133), segundo a literalidade do art. 89, § 1º, inciso I, da Lei nº 9.099/95.

Condicionar a suspensão à reparação do dano tem efeitos favoráveis em três frentes: torna eficaz a reprimenda; contribui para a credibilidade da justiça, criticada pela burocratização e demora (FERNANDES, 2001, p. 657); e atende à prevenção geral, pois a recomposição do bem jurídico lesado ou exposto a risco reforça

o seu valor e a vigência da norma que o protege. Diante disso, a reparação do dano deve ser pouco flexibilizada pelo Ministério Público, que somente deveria aceitar a impossibilidade diante de prova cabal e não diante de mera alegação do acusado.

Novamente, assim como na transação penal, a vítima não pode obstar a suspensão, que é acordo processual entre Ministério Público e acusado (FERNANDES, 2001, p. 666). Porém, a reparação dos danos é uma das condições do *sursis*, sendo indispensáveis a presença e a manifestação da vítima em audiência específica para o oferecimento do benefício a fim de que se obtenha a efetiva reparação (FERNANDES, 2001, p. 675). A ausência da vítima nesse momento é uma das maiores críticas dos estudos vitimológicos ao instituto da suspensão condicional do processo (RODRIGUES, 2014, p. 249), que defendem a reforma legislativa para que ela participe do acordo.

Assim como na transação, vislumbra-se uma postura proativa do membro do Ministério Público para que os fins do sistema jurídico como um todo, em especial do postulado da dignidade da pessoa humana da vítima, sejam atendidos.

É poder-dever do Ministério Público, ao analisar os requisitos a serem aplicados no *sursis* processual, perquirir sobre a situação real da vítima e do ofensor, a fim de que o instituto não se resuma a mais uma burocracia processual, mas sim que se torne uma efetiva solução dos conflitos. Viabilizam-se, assim, a democratização dos procedimentos criminais e o empoderamento dos cidadãos.

3.2 Violência doméstica e familiar contra a mulher

O desenvolvimento de atividades ministeriais voltadas à atenção à mulher vítima de violência doméstica é expressamente previsto pela Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, a qual dispõe que o Ministério Público deve articular a rede de proteção às vítimas de violência⁴ e dela participar, bem como promover atendimento multidisciplinar psicossocial e fiscalizar as medidas protetivas de urgência.

A atuação proativa do Ministério Público, na perspectiva de agente da democracia também no âmbito criminal, tem especial relevo na violência doméstica e familiar contra a mulher. Como fenômeno complexo, necessita de novas fórmulas de atuação no sentido de efetivar os direitos fundamentais, sendo que uma das primeiras exigências dessa nova postura é a existência de um aparato técnico capacitado para lidar com essas questões (ALMEIDA, P., 2014, p. 101), composto por áreas como a psicologia e a assistência social, a fim de promover uma oitiva diferenciada desde a fase pré-processual.

Nesse sentido, vale destacar a experiência bem-sucedida do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ao constituir um corpo técnico em Setores de Análise Psicossocial vinculados às Promotorias de Justiça sediadas em cada Região Administrativa do Distrito Federal, formados por assistentes sociais e psicólogos

⁴ Sobre conceitos e importância da rede de proteção à mulher vítima de violência doméstica, conferir Angelin (2009, p. 125-136).

que atuam como equipe multidisciplinar de assessoramento, em cumprimento ao artigo 29 da Lei nº 11.340/06.

Na fase processual, o ajuizamento das ações penais públicas incondicionadas e das condicionadas à representação da mulher não encerra a preocupação com a vítima, que, como visto nas seções anteriores deste trabalho, não deve ser tratada como mero meio de prova. Evitar a revitimização em audiência e viabilizar a reparação dos danos são objetivos inafastáveis do processo penal. Nesse sentido, é possível sinalizar ao réu pedido de redução de pena (atenuante genérica) em caso de engajamento em programas de reflexão sobre a violência.⁵

O processo penal tradicional se caracteriza pela passividade do Ministério Público, que atua apenas tendo em consideração o caso individual, com o objetivo de combater pontualmente o crime e seu agente (GOULART, 2013, p. 201). Tal sistema é baseado exclusivamente nas provas angariadas pela polícia, sem que sejam questionados os fundamentos da própria utilização da sanção penal para o caso concreto e para a sociedade como um todo. Também não se debruça sobre como as posturas e crenças subjacentes aos próprios operadores do sistema repercutem na persecução criminal.

Esse cenário, nocivo no sistema criminal como um todo, é ainda mais grave no enfrentamento à violência doméstica contra a mulher, que encontra amparo em uma cultura voltada para a

⁵ Para mais informações sobre as experiências e resultados dos grupos de homens no enfrentamento à violência doméstica, conferir Ellsberg (2015, p. 1560-1561), Jewkes (2015, p. 1582) et. seq. e Monteiro (2014).

subjugação do feminino (BANDEIRA; ALMEIDA, P., 2014, p. 478; CAMPOS, 2009, p. 26). Concepções como a de acreditar desnecessária a intervenção estatal em conflitos domésticos e a de que o processo penal não deve ser utilizado a fim de preservar a harmonia familiar (MORATO, 2013, p. 306), profundamente arraigadas culturalmente, podem encontrar eco nos profissionais que lidam com essas questões, levando ao encerramento precoce de intervenções que poderiam conduzir a uma reflexão e a eventual mudança de padrões de comportamento dos envolvidos (CAMPOS, 2009, p. 29-31).

A rede de proteção desempenha papel central na superação desse paradigma, visto que ela atua de forma preventiva e pedagógica, combatendo o nascedouro das condutas criminosas, bem como angaria notícias de delitos com a qualidade adequada para uma efetiva responsabilização (SIQUEIRA et al., 2015).

A responsabilização criminal ganha contornos diversos ao se adotar a rede de proteção, pois é adequada e recomendada a aplicação não somente de sanção privativa de liberdade, mas também de uma intervenção psicossocial aos autores de violência. Essa intervenção, a ser operacionalizada pela rede, abre novos espaços de ressocialização e de concreta tentativa de impactar no comportamento futuro do agressor (CAMPOS, 2009, p. 28-29). A abertura do sistema de justiça criminal à multidisciplinariedade é uma tentativa positiva de satisfazer as exigências do controle social de forma menos violenta que a prisão.

Aqueles que defendem a utilização do Direito Penal para a questão da violência doméstica afirmam que, como toda conduta violenta que não encontra respaldo no ordenamento jurídico, ela constitui-se como crime se preenchidos os elementos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade. Todavia, dizer que uma conduta somente se torna crime quando o ordenamento jurídico a define como tal não significa dizer que ela está fora do alcance do Direito. Ao contrário, se uma conduta não foi criminalizada é porque o ordenamento jurídico a entende como legítima e a ela não deve ser aplicada uma sanção (MORATO et al., 2013, p. 289). Portanto, a violência contra as mulheres, que antes era legitimada pelo ordenamento jurídico como assunto da vida privada ao qual não incidia o Direito Penal, passou a ser vista como questão pública⁶, como conduta criminosa (MACHADO, 2009, p. 11-15).

⁶ O impacto dos estudos apresentados pela Organização Mundial de Saúde em 2005, pela Fundação Perseu Abramo em 2001, pelo Senado Federal em 2005 e pelo Instituto Patrícia Galvão/IBOPE em 2006, os quais indicaram índices altos de violência contra as mulheres, fez crescer a demanda por uma lei que agravasse a responsabilização. Entretanto, a Lei Maria da Penha não estabeleceu novos tipos penais, mas somente agravou as penas da lesão corporal e determinou que a Lei 9.099/95 não se aplicava mais aos casos de violência doméstica, já que tal legislação não apresentou resultados satisfatórios. A violência doméstica ainda apresenta altos índices, como demonstra o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres 2013-2015, segundo o qual, nos Juizados Especializados em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, no período de 22/09/2006 a 31/12/2011, foram distribuídos 685.905 procedimentos, realizadas 304.696 audiências, efetuadas 26.416 prisões em flagrantes e 4.146 prisões preventivas e distribuídas 278.364 medidas protetivas de urgência. Além disso, a Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180 atingiu, até 2013, cerca 3 milhões atendimentos desde a sua criação. Dados extraídos de Campos (2009, p. 22-23).

Estabelecida a via criminal, e por ser o único legitimado a promover a ação em face do cometimento de crimes no âmbito da violência doméstica como ameaça, lesão corporal, violação de domicílio, desobediência, estupro, cárcere privado, e das contravenções penais de vias de fato e perturbação da tranquilidade, o Ministério Público é responsável pelo efetivo atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica.

3.3 Ministério Público na justiça restaurativa

A superação do alijamento da vítima do processo penal é um dos objetivos declarados da justiça restaurativa, que pretende abordar o evento criminoso em um procedimento de consenso entre ofendido e ofensor com participação da comunidade, a fim de superar a perspectiva retributiva/aflitiva para incorporar a efetiva solução do conflito, a correção das consequências do delito e a reconciliação das partes.

Diante das profundas críticas ao sistema penal e dos questionamentos quanto à sua legitimidade e credibilidade (SALIBA, 2009, p. 74), os modelos consensuais de justiça têm angariado espaços nos estudos criminais. Soma-se a isso a dificuldade que a doutrina tem enfrentado em incluir a reparação à vítima como função da pena (ROXIN, 1992, p. 155-156) ou mesmo em conferir-lhe participação mais ativa na persecução penal.

Não há um conceito acabado de justiça restaurativa⁷, que abrange desde modelos fora do âmbito estatal até intervenções após a aplicação da pena pela justiça criminal (RODRIGUES, 2014, p. 256; TIVERON, 2014, p. 383-396). Há dúvidas, também, na aplicabilidade de espaços de consensos em âmbitos marcados pela desigualdade entre as partes, como na violência doméstica e familiar contra a mulher, já que a própria mediação pode reproduzir as estruturas de poder e desigualdades de gênero existentes na sociedade.⁸

A justiça restaurativa apresenta-se como integrada, alternativa ou adicional ao sistema de justiça criminal tradicional (COSTA, 2012, p. 5).

Em Portugal, por exemplo, a mediação criminal existe como complementação ao sistema tradicional e foi instituída pela Lei nº 21, de 12 de junho de 2007. A iniciativa e a validação do acordo dependem do Ministério Público, ou seja, é essa instituição que, ao considerar que há elementos suficientes para a deflagração de uma ação penal, determina o desviar do processo judicial para

⁷ Conferir os vários conceitos em Costa (2012, p. 5), Fernandez (2014, p. 15), Mazzutti (2012, p. 121), Saliba (2009), *passim* e Tiveron (2014), *passim*. Em Costa (2012, p. 5), a diferença entre justiça restaurativa, que apenas se aplica ao campo criminal, e mediação, técnica que pode ser aplicada em procedimentos criminais ou não criminais.

⁸ Criticando a adoção da Justiça Restaurativa aos casos de violência doméstica contra a mulher e propondo critérios diferenciados para o consensualismo nesse âmbito, conferir Stubbs (2007, p. 169-187). Em defesa da aplicação plena da justiça restaurativa à violência doméstica (DROST, 2015, *passim*).

a via da mediação penal, indicando, inclusive, o mediador.⁹ Ao término do processo, ainda é necessária aprovação judicial, além do indispensável consentimento das partes (COSTA, 2012, p. 5).

De maneira que, seja qual for o modelo de justiça consensual a ser pensado e aplicado no Brasil, o Ministério Público deve

⁹ Assim dispõe a Lei nº 21/2007: “Artigo 3.º Remessa do processo para mediação 1 - Para os efeitos previstos no artigo anterior, o Ministério Público, em qualquer momento do inquérito, se tiverem sido recolhidos indícios de se ter verificado crime e de que o arguido foi o seu agente, e se entender que desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir, designa um mediador das listas previstas no artigo 11.º e remete-lhe a informação que considere essencial sobre o arguido e o ofendido e uma descrição sumária do objecto do processo. 2 - Se o ofendido e o arguido requererem a mediação, nos casos em que esta é admitida ao abrigo da presente lei, o Ministério Público designa um mediador nos termos do número anterior, independentemente da verificação dos requisitos aí previstos. 3 - Nos casos previstos nos números anteriores, o arguido e o ofendido são notificados de que o processo foi remetido para mediação, de acordo com modelo aprovado por portaria do Ministro da Justiça. 4 - Quando razões excepcionais o justificarem, nomeadamente em função da inserção comunitária ou ambiente cultural do arguido e ofendido, o mediador pode transferir o processo para outro mediador que repute mais indicado para a condução da mediação, disso dando conhecimento, fundamentadamente, por meios electrónicos, ao Ministério Público e ao organismo referido no artigo 13.º 5 - O mediador contacta o arguido e o ofendido para obter os seus consentimentos livres e esclarecidos quanto à participação na mediação, informando-os dos seus direitos e deveres e da natureza, finalidade e regras aplicáveis ao processo de mediação, e verifica se aqueles reúnem condições para participar no processo de mediação. 6 - Caso não obtenha consentimento ou verifique que o arguido ou o ofendido não reúne condições para a participação na mediação, o mediador informa disso o Ministério Público, prosseguindo o processo penal. 7 - Se o mediador obtiver os consentimentos livres e esclarecidos do arguido e do ofendido para a participação na mediação, estes assinam um termo de consentimento, que contém as regras a que obedece a mediação, e é iniciado o processo de mediação.”

ter participação ativa em sua dimensão de *custus societis* expressamente prevista na Constituição Federal.

Os estudos sobre os processos restaurativos costumam questionar a profissionalização e a burocratização da justiça criminal e exaltam a necessidade de envolvimento de leigos, seja em substituição ou em parceria com as instituições estatais (ROSENBLATT, 2014, p. 48). Embora o exato papel das comunidades nos processos restaurativos ainda esteja em aprimoramento e sob reflexão, buscar uma contribuição da sociedade na prevenção e na solução de conflitos representa um significativo avanço na construção de modelos de cidadania mais afinados com os objetivos constitucionais. Do mesmo modo, buscar maior participação da vítima e atendimento aos seus interesses é objetivo louvável, embora as experiências práticas tenham se mostrado passíveis de aprimoramento (FERNANDEZ, 2014, p. 28).

Porém, diante do posicionamento ministerial de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não se pode conceber uma restrição de direitos fundamentais, o que ocorre mesmo nos processos restaurativos, sem, ao menos, a fiscalização do Ministério Público.

A Constituição de 1988 afastou do Ministério Público a função de defesa dos interesses do Estado, de forma que a instituição se consolidou como efetiva representante dos interesses da sociedade, função agregada à antiga de acusador no processo penal. Mais recentemente, estudiosos sobre o Ministério

Público o têm posicionado como órgão da sociedade civil, desvinculando-o do aparelho coercitivo do Estado e afirmando que ele deve participar da sociedade em aliança com outros sujeitos políticos coletivos (GOULART, 2013, p. 82-83). O Ministério Público, então, passa a assumir o papel de defensor da cidadania e dos interesses estratégicos da sociedade (GOULART, 2013, p. 127), consagrando-se como a instituição especializada para a defesa de interesses socialmente relevantes e essenciais para a vida comunitária. Assim, por determinação constitucional, sendo a atuação na seara criminal exercício de interesse público, pois zela pela segurança e ordem públicas (DA ROS, 2009, p. 33), a participação do Ministério Público é inafastável.

Ademais, para que se promova um efetivo salto de qualidade em relação à proteção e à satisfação das vítimas, os novos modelos devem contar com estrutura necessária para viabilizar uma reparação de forma ampla, e não apenas econômica (TIVERON, 2014, p. 285), permitindo seu atendimento como um todo, inclusive nas áreas médica, psicológica e jurídica (RODRIGUES, 2014, p. 258). Nesse âmbito, a atuação do Ministério Público também ganha relevo, tendo em vista as suas atribuições de fazer com que os Poderes Públicos zelem pelo cumprimento desses serviços, nos termos do art. 129, inciso II, da Constituição Federal.

4 Conclusão

O tratamento dispensado à vítima passou por profundas mudanças ao longo da história do Direito Penal e do Processo

Penal, que passaram por fases que foram desde um total protagonismo até seu completo olvidamento e posterior redescoberta no século XX.

A atenção a vítima é corolário da proteção à dignidade da pessoa humana, que permitiu a paulatina humanização do processo em relação ao réu, mas que também deve ser estendida aos ofendidos. Da mesma forma que não se pode punir fora dos ditames constitucionais e legais, também não se autoriza atuar de forma a privar a sociedade de segurança e, a vítima, de atenção e reparação. Isto é, a atuação estatal na tutela de direitos fundamentais, por meio do Direito Penal, pode ser observada sob a dimensão positiva dos direitos fundamentais, segundo a qual ao Estado cabe não somente a abstenção, mas também a prestação de tutela suficiente dos direitos, notadamente os das vítimas. Considerando que o Estado detém o monopólio da aplicação da pena, a prestação da persecução penal deve se revestir de absoluta eficiência.

A tutela de direitos é a função precípua do Ministério Público, o qual, a partir da leitura de suas missões constitucionais, atua como agente de transformação social no sentido de se comprometer com a concretização dos direitos humanos tanto de réus quanto de vítimas. Desempenhando essas funções na seara criminal, ao Ministério Público é conferida a possibilidade de contribuir para o aperfeiçoamento dos procedimentos criminais a fim de que sejam dotados de maior participação democrática e garantias. Uma maior atenção à vítima no processo penal pelo

Ministério Público se coaduna com a sua missão de defender a dignidade da pessoa humana, de tutelar os direitos fundamentais e de promover a democratização dos procedimentos criminais e o empoderamento dos cidadãos.

Essas contribuições são observadas na transação penal e na suspensão condicional do processo, institutos da Lei nº 9.099/95 que podem ser lidos não apenas como benefícios aos réus, mas também como estratégias de maior participação das vítimas, assim como de reparação a elas. No âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, contemplada pela Lei nº 11.340/2006, a participação das vítimas, potencializada pelo Ministério Público, é fundamental na solução dos conflitos subjacentes à persecução penal. Por fim, as propostas de justiça restaurativa, que pretendem viabilizar a reparação ampla da vítima, merecem atenção do Ministério Público como fiscal e concretizador dos direitos fundamentais.

Title: Public Prosecutor and attention to victims in the Brazilian Criminal Procedure

Abstract: This paper aims to study the constitutional foundations of the Brazilian public prosecutor's contribution to the attention to the victim in the criminal procedure. Firstly, the treatment meted out to the victim enjoyed a completely protagonist role. Then, it was completely consigned to oblivion. At a later time, in the 20th century, it was rediscovered. Nowadays, the attention to the victim derives from the principle of the dignity of the human person and the principle of the effective criminal protection. This demands that State provide an equivalent and simultaneous tutelage for the defendant's rights - the negative dimension of rights - and for both of the society and victim's interest in seeing the enforcement of the criminal law - the positive

dimension of rights. The Public Prosecutor's Office, as a guarantor of the fundamental rights, including those in the criminal sphere, contributes to the procedure's perfection, so as to endow them with a more democratic participation and with guarantees looking to the attention to the victims. It may be listed, as examples of such contribution, the Public Prosecutor's Office participation: in the attention to the victim's in the institutes of *transação penal* and *suspensão condicional do processo* (suspended or deferred sentence); in the domestic and familiar violence; and in the proposals of the restorative justice.

Keywords: Public Prosecutor. Criminal procedure. Victimology. Constitution. Special Criminal Court. Domestic violence. Restorative justice.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores e ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (org.). *Temas atuais do Ministério Público*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 41-90.

ALMEIDA, Pablo Antonio Cordeiro. O novo conceito de democracia e o Ministério Público refundado: o Ministério Público como agente da democracia militante: a PEC 37 e as ameaças ao Parquet refundado: novas posturas resolutivas do Parquet. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, Brasília, n. 4, p. 79-109, jan./dez. 2014.

ANGELIN, Fábio Pereira. A importância da intervenção multidisciplinar face à complexidade da violência doméstica. In: LIMA, Fausto Rodrigues; SANTOS, Claudiene. *Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 125-136.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Themis e a Síndrome de Jano: novas experiências de abertura multidisciplinar na Justiça Criminal. In: GALVÃO, Ivânia Ghesti; ROQUE, Elizângela Caldas Barroca (Org.). *Aplicação da lei em uma perspectiva interprofissional: direito, psicologia, psiquiatria, serviço social e ciências sociais na prática jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 467-478.

BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara C. A eficácia da Lei Maria da Penha sob diferentes perspectivas. In: STEVENS, Cristina et. al. *Estudos feministas e de gênero: articulações e perspectivas*. Florianópolis: Mulheres, 2014. p. 476-489.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAMPOS, Carmem Hein de. Lei Maria da Penha: um novo desafio jurídico. In: LIMA, Fausto Rodrigues; SANTOS, Claudiene. *Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 21-35.

COSTA, Sónia. A mediação penal em Portugal: do debate à implementação. In: CONGRESSO PORTUGUÊS DE SOCIOLOGIA, 7., 2012, Porto. *Anais eletrônico...* Porto: Universidade do Porto, 2012. Disponível em: <http://www.aps.pt/vii_congresso/papers/finais/PAP1162_ed.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2015.

DA ROS, Luciano. Ministério Público e sociedade civil no Brasil contemporâneo: em busca de um padrão de interação. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 18, n. 1, p. 29-53, 2009.

DEMARCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Teoria e prática dos juizados especiais criminais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DROST, Lisanne et. al. *Restorative justice in cases of domestic violence: best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs: (JUST/2013/JPEN/AG/4587) WS1: comparative report*. 2015. Disponível em: <http://www.verwey-jonker.nl/doc/2015/7388_restorative%20justice%20in%20cases%20of%20domestic%20violence.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

ELLSBERG, Mary et al. Prevention of violence against women and girls: what does the evidence say? *The Lancet*, Londres, v. 385, n. 9977, p. 1555-1566, 18-24 abr. 2015.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Segurança Pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDEZ, Daniela Bolivar. La mediación víctima-ofensor como alternativa al sistema penal: la perspectiva de las víctimas. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 6, n.1, p. 13-30, jan./jun. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. A construção social da censura e a penologia um passo além: reparação criativa e restauração. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 6, n. 1. p. 88-102, jan./jun. 2014.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

JEWKES, Rachel et. al. From work with men and boys to changes of social norms and reduction of inequities in gender relations: a conceptual shift in prevention of violence against women and girls. *The Lancet*, Londres, v. 385, n. 9977, p. 1582, 18-24 abr. 2015.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 8. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

MACHADO, Lia Zanotta. Onde não há igualdade. In: MORAES, Aparecida; SORJ, Bila (Org.). *Gênero, violência e direitos na sociedade brasileira*. Rio e Janeiro: 7 Letras, 2009. v. 1. p. 158-183.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. *Vitimologia e direitos humanos: o processo penal sob a perspectiva da vítima*. Curitiba: Juruá, 2012.

MELO, Júlia Teixeira. A vítima e o procedimento formal de controle do crime: uma análise acerca da sobrevivitização. *Revista Libertas*, Ouro Preto-MG, v. 1, n. 2, p. 281-312, jul./dez. 2014.

MONTEIRO, Anita Cunha. *Autores de violência doméstica e familiar: um estudo sobre o grupo de reflexão no Paranoá/DF*. 2014. 183 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16164/1/2014_AnitaCunha%20Monteiro.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2015.

MORATO, Alessandra Campos et al. A Lei Maria da Penha: conquistas e desafios para sua integral aplicação. *Revista do*

Ministério Público do Distrito Federal e Território, Brasília, n. 7, p. 281-332, 2013.

OSÓRIO, Lícia Maria Teixeira. Aspectos jurídicos e sociais das formas de proteção às vítimas. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2010. p.1084-1097.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Roger de Melo. *A tutela da vítima no processo penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2014.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 6, n. 1., p. 43-61, jan./jun. 2014.

ROXIN, Claus. La reparación em el sistema de los fines de la pena. In: ESER, Albin *et al.* *De los delitos y de las victimas*. Buenos Aires: AdHoc, 1992. p. 129-156.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SIQUEIRA, Lia de Souza et al. A rede de proteção à mulher vítima de violência doméstica: uma visão econômica de sua articulação pelo Ministério Público. In: TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar de (org.). *O Ministério Público e os desafios do século XXI: uma abordagem juseconômica*. Curitiba: CRV, 2015. p. 185-217.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STUBBS, Julie. Beyond apology? Domestic violence and critical questions for restorative justice. *Criminology and Criminal Justice*, Sydney, v. 7, n. 2, p. 169-187, nov. 2007.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Ministério Público e política criminal: uma segurança pública comprometida com os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2010.

TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal*. 2014. 488 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília. 2014.

VOLPE FILHO, Clóvis Alberto. *Direito penal líquido: análise do direito penal contemporâneo à luz da sociedade da*

insegurança. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 82, p. 47-58, out./nov. 2013.

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

SIQUEIRA, Lia de Souza. Ministério Público: e o atendimento à vítima no processo penal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 75-113, 2016. Anual.

Submissão: 15/5/2016

Aceite: 29/10/2016

Entre o afeto e a violência: a infração juvenil no contexto da violência doméstica

Nino Franco

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito Processual Civil. Graduado em Direito e em Administração.

Resumo: O presente trabalho discorre sobre a aplicabilidade da legislação brasileira sobre violência doméstica, conhecida como Lei Maria da Penha, aos casos de agressões contra a mulher praticadas por adolescentes. Discute também o fenômeno da violência doméstica juvenil como afronta ao princípio da dignidade humana. Analisa, brevemente, as teorias que buscam explicar o fenômeno e aborda os aspectos procedimentais relativos à aplicação dos dispositivos legais na prática forense, enfatizando a importância de uma solução global no enfrentamento deste tipo de problema. Defende a abordagem judicial e terapêutica como forma de resolução dos conflitos e reforça a importância da proteção da mãe, da irmã, e da companheira adolescente, demonstrando a necessidade de restauração do vínculo maternal, haja vista a natureza indissolúvel da relação entre mãe e filhos.

Palavras-chave: Adolescente. Violência doméstica. Dignidade humana.

Sumário: Introdução. 1 Violências e violência doméstica por adolescentes. 2 Violência doméstica: os discursos no tempo e o campo jurídico juvenil. 3 O princípio da dignidade humana como substrato à intocabilidade da vida e ao respeito à integridade física e psíquica. 4 Uma abordagem socioinfracional de análise e enfrentamento. 5 Especificidades da aplicação da Lei Maria da Penha no âmbito da infração juvenil. 6 Considerações finais. Referências.

Introdução

No curso da história humana, passou o homem a contar com proteção à sua casa contra a ação do semelhante – quando age este como opositor e violador – e do próprio Estado¹, e, malgrado o sucesso dessas iniciativas, permanece o indivíduo enredado com dilema inerente a violências que acontecem no âmbito doméstico, em especial quando elas provêm de sua descendência, consubstanciadas nos atos de violência doméstica praticados por adolescentes, ordinariamente contra a mãe – senão contra a irmã ou ainda contra a companheira, via de regra também adolescente.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 8º, estabeleceu que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, com a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988). Na esteira dessa previsão, foi, mais tarde, editado diploma legislativo específico, a chamada Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). Essa norma é destinada a prevenir e coibir a violência no âmbito doméstico e no das relações afetivo-conjugais e suas disposições alcançam também as violações cometidas por adolescentes enquanto autores de atos infracionais nesse contexto, consoante se propõe demonstrar neste texto.

¹ Numa das mais expressivas exposições sobre a proteção ao homem em sua casa, mesmo contra a ação do soberano e do Estado, v. Lord Chatham ([1766] apud MORAES, 2016, p. 56) em discurso no Parlamento britânico: “O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei não pode nela entrar”.

Essa aplicação da Lei Maria da Penha no âmbito da justiça juvenil não se faz, porém, sem tropeços, vez que a temática do adolescente (por definição legal, a pessoa entre 12 e 18 anos) possui sede constitucional e, mais do que isso, foi agraciada com o princípio da prioridade absoluta, previsto no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988², a impor interpretação particularizada quando incidirem normas de proteção domésticas ao âmbito do direito juvenil.

A Lei 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, constitui diploma legal que acolhe princípios e regras fundamentais relativos a direitos da infância e da adolescência, alinhando-se a consenso internacional que, ao tempo em que procura assegurar à criança “condições normais e adequadas de crescimento e de desenvolvimento pessoal e social, procuram, também, nessa perspectiva, evitar que a criança venha a entrar em conflito com a lei e, assim, salvaguardar a tranquilidade e a ordem públicas e defender a sociedade” (DUARTE-FONSECA, 2005, p. 15).

O desafio é prover solução para as situações de violência doméstica envolvendo adolescentes enquanto autores. Essa violência que não pede licença para entrar, tampouco irrompe de imediato e violentamente, mas vai aos poucos se insinuando, ocupando espaços, sugando esforços e frustrando expectativas.

² A definição do que seja adolescente encontra-se no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, sendo que a CF/88, com a sua redação atual conferida pela EC 65, alude, no art. 227, *caput*, além do adolescente, também à criança e ao jovem como destinatários da prioridade absoluta.

Que vem quase sempre acompanhada de consumo de droga e que provoca perplexidade na mãe. Uma violência que, espremida entre o afeto e a agressão, oprime e esmaga, que subtrai sonhos e rouba a própria dignidade.

Desse contexto surgem impasses que tangenciam o campo das indagações sociojurídicas, demandando a articulação de fatos, argumentos, normas e estratégias próprias à esfera juvenil, com a consideração da condição de pessoa em desenvolvimento inerente ao adolescente, de tal forma que se possa ao final construir soluções justas e duradouras.

1 Violências e violência doméstica por adolescentes

Ambientado no cenário cultural do século XII, época de profundas transformações nos campos social, econômico, político e religioso do ocidente medieval (ROCHA, 1996, p. 5), o drama de Abelardo e Heloísa³ ilustra a conceituação de violência de Zeferino Rocha:

A violência, sob todas as formas de suas inúmeras manifestações, pode ser considerada como uma *vis*, vale dizer, como uma *força* que transgride os limites dos seres humanos, tanto na sua realidade física e psíquica, quanto no campo de suas realizações

³ Sem embargo da importância de Pedro Abelardo (Pierre Abélard) no âmbito da filosofia medieval e do impulso que deu ao desenvolvimento da dialética, que se propunha a promover o diálogo e alcançar a verdade, o filósofo e teólogo ficou mais conhecido, ironicamente, pelo teor de sua correspondência com Heloísa de Paráclito, exposta em sua obra *História de Minhas Calamidades*, e pelo quadro de violência subsequente de que se viu vítima, pertinente à discussão permeada por contexto cultural travada neste texto.

sociais, éticas, estéticas, políticas e religiosas. Em outras palavras, a violência, sob todas as suas formas, desrespeita os direitos fundamentais do ser humano, sem os quais o homem deixa de ser considerado como sujeito de direitos e de deveres, e passa a ser olhado como um puro e simples objeto. (ROCHA, 1996, p. 11, grifo do autor).

A análise da temática da violência demonstra que o fenômeno perpassa diferentes ângulos e abordagens, com sérias consequências para as condições de vida e saúde ao longo da vida, em especial entre mulheres e crianças.⁴

No âmbito de delimitação do presente texto, afeto essencialmente à violência doméstica causada por ação dolosa de adolescentes, avulta notar que o fenômeno abrange atos de violência contra a mãe, a irmã e a companheira, não se limitando, porém, a essa configuração tradicional de violência de rapaz (homem) contra garota (mulher), podendo envolver igualmente o seu reverso, isto é, agressões de garotas contra seus parceiros adolescentes.

Estudo conduzido no âmbito da Fiocruz, abrangendo 3.205 jovens entre 15 e 19 anos, sendo 1.652 estudantes de escolas públicas e 1.553 alunos de escolas particulares em dez capitais brasileiras, inclusive oriundos das classes A e B, sendo a maioria meninas (62,6%), identificou que é grande o número de adolescentes que afirmaram praticar ou sofrer violência nos relacionamentos⁵ (OLIVEIRA et al., 2011). Mais surpreendente,

⁴ A esse propósito, v. Relatório Mundial sobre a Prevenção da Violência 2014 (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2014).

⁵ Deve-se alertar que o conceito de violência exposto no estudo a que este

apurou-se que as garotas – sem a consideração da gravidade do ato e a depender da conduta perpetrada – praticam tanto ou mais violência do que os rapazes.

Esse estudo, por sua abrangência e revelações, repercutiu na imprensa escrita do país e foi objeto de reportagem na revista *ÉPOCA*⁶:

As cenas violentas do namoro de L.M. se repetem na vida de milhões de brasileiros. É o que revela o mais completo levantamento sobre agressões no namoro, realizado pelo Centro Latino-Americano de Estudo de Violência e Saúde Jorge Carelli (Claves) da Fundação Oswaldo Cruz, no Rio de Janeiro. Foram pesquisados 3.200 estudantes de 104 escolas públicas e privadas em dez Estados (sic). A conclusão é chocante. Nove em cada dez adolescentes afirmaram praticar ou sofrer violência no namoro. E quem mais bate são as meninas. Quase 30% delas disseram agredir fisicamente o parceiro. São tapas, puxões de cabelo, empurrões, socos e chutes. Entre os meninos, 17% se disseram agressores. Essa violência não distingue situação social. Metade da amostra é das classes A e B.” As meninas estão reproduzindo um padrão estereotipado do comportamento masculino” diz uma das coordenadoras da pesquisa, Kathie Njaine, professora do Departamento de Saúde Pública da Universidade Federal de

tópico se refere, afastando-se da conceituação jurídica dos eventos, conforme previsto no Código Penal (mas alinhando-se à descrição constante do art. 7o, da Lei 11.340/2006), prende-se à classificação prevista na escala CADRI – Conflict in Adolescent Dating Relationships Inventory, abordando os aspectos físico, sexual e psicológico, e, no caso, envolve a violência verbal, ameaça, violência física, violência sexual e violência relacional, esta última entendida como atos ou tentativas de desmoralização do parceiro perante seus pares e amigos por meio de condutas diversas (divulgação de boatos, ofensas à honra, etc).

⁶ Sobre a matéria em pauta e o tratamento jornalístico dado ao referido estudo, ver reportagem completa das jornalistas Nathalia Ziemkiewicz, Martha Mendonça e Camila Guimarães, Revista *Época*, edição de 28/10/2011.

Santa Catarina. O motivo das agressões é sempre o ciúme e a vontade de manter o parceiro sob controle (ZIEMKIEWICZ; MENDONÇA; GUIMARÃES, 2011).

A violência praticada por adolescentes no âmbito familiar se tem evidenciado um problema recorrente e exigido intervenções do sistema de justiça juvenil, no que pertine à configuração de condutas enquanto atos infracionais.

Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente disponha de instrumental bastante amplo, quer seja para ocupar-se da esfera de responsabilização infracional, quer seja para cuidar da prevenção ou promover a restauração de situações e vínculos a partir do manuseio de suas próprias medidas protetivas previstas no artigo 101 do Estatuto, a aplicação de medidas concebidas no âmbito da Lei Maria da Penha pode representar importante contribuição para a resolução de episódios de degradação da paz familiar, pois viabiliza solução especializada para diversos casos e promove a conscientização do adolescente quanto à importância de não reproduzir, quando adulto, em sua futura família, o mesmo episódio questionado.

Afinal, esse público é objeto de particular interesse, pois “No mundo ocidental, os adultos se preocupam com os jovens, basicamente, por três razões: em primeiro lugar, porque eles quebram as regras vigentes; em segundo, porque para o bem ou para o mal, eles serão o futuro do mundo; em terceiro, porque eles também refletem os valores da sociedade” (MINAYO; ASSIS; NJAINE, 2011, p. 18).

2 Violência doméstica: os discursos no tempo e o campo jurídico juvenil

Em que pese constituir cerca de metade da população, a mulher não contava nem conta com representação e participação social e política compatíveis com a dimensão numérica que representa, e, mais do que isso, padecia de tratamento, inclusive legal, inferior àquele dedicado ao homem, bastando mencionar que, pelo Código Civil de 1916, era tida como relativamente incapaz e dependente do marido, em disposição que vigorou por várias décadas.

No plano da proteção penal, a situação não era muito diferente, pois, até os anos 1980, vingou, no Brasil, a argumentação da legítima defesa da honra como tese defensiva nos casos de homicídio que tinham como causa o adultério ou a simples suspeita dele.

A mudança de paradigma veio aos poucos e seu início pode ser identificado em tempos mais remotos, com o reconhecimento, ainda nos anos 1930, do sufrágio às mulheres, que simultaneamente passaram a intervir mais diretamente nos rumos do país e da produção de sua legislação, quadro que se acelerou a partir dos anos 1970 com o crescimento do movimento feminista organizado no Brasil.

E foi num contexto mundial mais amplo que surgiram e se desenvolveram os principais estudos feministas, principalmente a partir de ideias germinadas na França e nos Estados Unidos. Mais tarde, essas ideias espalharam-se pelo mundo ocidental,

com ações de mobilização social no campo político e crescente suporte no âmbito acadêmico.⁷

É impossível, porém, deixar de ressaltar que desde cedo essa inovação foi movida pela ideia e crítica da proeminência masculina nas relações sociais, profissionais e domésticas, o que, inclusive, levaria, em uma das derivações teóricas deste campo, à concepção do patriarcado, em que se analisa a organização da sociedade e as relações de poder e dominação em função da figura masculina.

Contudo, o feminismo operou, ao longo do seu trajeto, mudança de abordagem teórico-metodológica, trazendo para o centro dos debates a questão de gênero enquanto construção social das identidades sexuais, com a distinção entre sexo (biológico) e gênero (cultural) e afastando-se, ainda que parcialmente, da discussão sobre as causas da opressão feminina. Num segundo momento, já próximo ao estágio atual, voltou a discutir as anteriores formulações, criticando e desnaturalizando as oposições binárias, objeto parcial da atual construção doutrinária em marcha.

Em outra vertente, devem-se mencionar as teorias que veem o fenômeno a partir da relação afetivo-conjugal, em que se desenvolveu a ideia de que há o deslocamento dos polos masculino/feminino e a alternância e fluidez do poder dentro

⁷ A discussão aprofundada do feminismo a partir de sua tríade histórica representada pela teoria do patriarcado, teoria marxista e teoria psicanalítica é matéria que extrapola a natureza deste trabalho, pelo que, no particular, remete-se o leitor à farta literatura técnica nacional e estrangeira existente sobre o assunto.

do processo conjugal, conforme defende Miriam Pillar Grossi (1998). Para essa autora:

Por que estudar violência no âmbito da conjugalidade? A hipótese central de minha investigação no momento é de que existe uma contradição profunda no modelo de conjugalidade ocidental moderno, uma vez que ele está centrado numa categoria considerada universal, o *amor*. Categoria que, no entanto, mascara tanto os modelos hegemônicos de gênero com os quais homens e mulheres dialogam permanentemente, quanto problemáticas mais profundas ligadas ao vínculo estreito entre *desejo e falta*, categorias psicanalíticas que nos ajudam a refletir sobre o aumento e a maior visibilidade de atos de violência nas relações afetivas contemporâneas. Considero, portanto, que a presença de violências – física, sexual, emocional ou psicológica – nas relações afetivo/conjugais é inerente às contradições do modelo hegemônico de conjugalidade ocidental na modernidade. Ao escolher a conjugalidade como *locus* da minha de minha investigação desfoque um dos pólos, o da mulher, vista tradicionalmente enquanto *vítima* de violência – o que me permite pensar também em *homens vitimizados*. Da mesma forma, com esse deslocamento do “objeto mulher” como central na problemática da violência conjugal, amplio o universo de investigação também à violência nas relações homoeróticas ao retirar a exclusividade do diálogo pela violência do âmbito das relações afetivas heterossexuais [...] (GROSSI, 1998, p. 299, grifo do autor).

Numa outra seara, que se convencionou denominar de pós-feminismo, caracterizada por críticas às ideias foucaultianas que fundamentaram a discussão teórica acerca da inexistência de gêneros e pela abordagem do fenômeno a partir da análise histórica do desenvolvimento do feminismo estadunidense, com o confronto das concepções das militantes feministas Gloria Steinem e Betty Friedan, as diferenças de gênero são compreendidas

a partir das distinções biológicas entre os sexos e do ambiente cultural que complexifica as relações domésticas e profissionais entre homem e mulher, apregoando-se a necessidade de adoção de políticas para a superação das assimetrias a partir das próprias diferenças. A respeito dessa concepção, anote-se a afirmação de Camille Paglia (1992, p. 31), representante dessa corrente, para quem “A igualdade política para as mulheres, apesar de desejável e necessária, não vai remediar a disjunção radical entre os sexos que começa e termina no corpo”.

Surgida nesse contexto histórico, a Lei Maria da Penha, ao definir o que configura violência doméstica e familiar contra a mulher, disciplinou que qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial a configuraria, estendendo essa proteção legal contra a violência praticada também no âmbito das relações homoafetivas.⁸

Essa pluralidade de enredos e de proposições teóricas levou, por acréscimos sucessivos, ao surgimento do que já se considera uma criminologia feminista, na qual as teorias de gênero com enfoque patriarcal parecem ganhar proeminência, não necessariamente em sua forma pura, que busca perfilhar-se ao lado das criminologias de fundo tradicional e de vertente crítica, embora não sem tensão.

⁸ A Lei Maria da Penha, no parágrafo único de seu artigo 5º estatui que “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.” (BRASIL, 2006).

A criminologia crítica foi concebida após o período das discussões sobre etiquetamento em meados do século XX e teve sua origem nas teorias conflituais marxistas, e, ao propor a mudança de foco da análise criminológica do criminoso para os processos de criminalização e os mecanismos institucionais que os definem, inseriu na análise criminológica, com base em estudos da chamada Escola de Chicago, a crítica quanto a mecanismos de seletividade na definição das condutas puníveis e da ação estatal sobre os destinatários da norma penal, apontando a indulgência a determinados segmentos sociais, e trazendo junto proposições como a despenalização e a intervenção penal mínima, que lhes são caras (BARATTA, 2011).

E ao lançar seu foco na resposta penal e bradar pela aplicação de sanções severas, inclusive o encarceramento, com seu viés de sofrimento físico, a criminologia feminista colide com tais proposições da criminologia crítica.

Não bastasse esse conflito, o arcabouço da teoria do patriarcado funda-se, em boa medida, na desconstrução⁹ de conceitos, em uma abordagem pós-moderna rejeitada por parte da doutrina com algum grau de ligação com escolas de inspiração clássica. Nesse sentido, mencione-se Rocha (1996), que assim leciona:

⁹ Não é objeto deste texto o aprofundamento na discussão da teoria da “desconstrução” de Jacques Derrida (1971) ou mesmo a análise de sua utilização, cingindo-se aqui à mera referência a seu mecanismo enquanto possibilidade de discussão, rediscussão e desmontagem teórica de conceitos e discursos, aplicado ao campo da teoria do patriarcado e às discussões ali travadas.

De modo análogo ao que fazia outrora o “Coro” no teatro grego, achei oportuno recordar algumas noções, que me parecem essenciais, quando vamos assistir ao desenrolar de um drama, em que têm lugar de destaque as reflexões sobre a violência da paixão e a paixão da violência. A noção de limite, de medida e de violência da desmedida encontram-se entre as noções fundamentais, sem as quais o sentido da vida humana, tanto individual quanto social e política, fica seriamente comprometido. Não desconheço que estes conceitos são valores que nos foram transmitidos pela tradição clássica, que dominou nossa civilização ocidental. Esta tradição foi substancialmente estruturada segundo os modelos ontológico e ético de uma matriz de reflexão logocêntrica que os filósofos gregos nos legaram. Não desconheço, igualmente, que esses valores e essa matriz estão sendo, hoje, questionados pela cultura contemporânea que se convencionou chamar de pós-moderna. Mas, os impasses a que levou, neste final de século e de milênio, a “desconstrução” desses valores essenciais pelos críticos da metafísica e da ética tradicionais, inclinam-me a pensar que é, ainda, no Logos – digam o que disserem os “desconstrutores” pós-modernos – que se encontra uma possível saída para nossa crise contemporânea. O Logos habita o mais íntimo da alma humana e, como dizia Heráclito de Éfeso, é insondável e inesgotável.

Nele, portanto, esconde-se o segredo das respostas para os cruciantes problemas da Humanidade no ocaso deste século XX. Estas respostas são o nosso futuro, pois delas depende, se este futuro será o começo de uma nova Civilização que se anuncia, ou – que Deus não permita! – o ocaso de uma noite sem aurora (ROCHA, 1996, p. 4).

Exposta essa trajetória epistemológica, resta claro o avanço da questão feminina no Brasil nos últimos 45 anos, ressaltando-se, todavia, que, no que pertine à violência doméstica juvenil, a multiplicidade de aspectos envolvidos, a presença do princípio da pessoa em desenvolvimento e a vertiginosa troca de papéis agressivos dentro de relacionamentos juvenis, tomados em relação

às teorias expostas, mostram a insuficiência e a inadequação destas para a explicação do fenômeno, não sendo o caso de tomá-las como referencial, pelo menos isoladamente, sob pena de incorrer-se na alegoria da Cama de Procusto¹⁰. Em sede de violência doméstica juvenil, é possível que, como frequentemente sói acontecer, a verdade esteja a meio caminho em um multifacetado polígono, sendo a única certeza a esta altura a de que esse campo de elaboração teórica ainda está por ser preenchido.

3 O princípio da dignidade humana como substrato à intocabilidade da vida e ao respeito à integridade física e psíquica

Tomada como valor e como princípio jurídico e constituindo um imperativo ético existencial, a partir de uma perspectiva kantiana, a dignidade da pessoa humana passou a inspirar a adoção de soluções que albergam a consideração do justo, sem afastar-se do Direito posto, vez que ela mesma foi alçada a conceito jurídico (BARROSO, 2015; FACHIN, 2006).

Não obstante a ausência de uma definição fechada, que a descreva de forma particularizada e exaustiva, a dignidade da pessoa humana tem sido abordada pela doutrina a partir da proposição *kantiana* de qualidade intrínseca, que define o ser

¹⁰ Personagem da mitologia grega, Procusto era um marginal que roubava e torturava suas vítimas após oferecer-lhes uma cama em que deveriam caber à perfeição, o que nunca acontecia. Como consequência, Procusto ora as esticava... ora cortava-lhes os pés ou a cabeça, de forma a que coubessem na cama. Foi capturado pelo herói ateniense Teseu e submetido à mesma sistemática que impunha aos hóspedes. O mito de Procusto ganhou significação metafórica para situações reduzidas a uma medida única.

humano como único, em que pesem as objeções que atualmente se levantam contra o egocentrismo que inspira tal abordagem, o que, contudo, não invalida o benefício de tal contribuição para o entendimento do instituto. Nesse sentido, leciona Sarlet (2011):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunha degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (SARLET, 2011, p. 73).

Exposto sucintamente o conceito, é importante indagar-se se a prática de violência no âmbito doméstico por parte de adolescente, em especial quando tem por alvo a genitora, possui especial aspecto que reclame a acomodação de princípios constitucionais em ordem a prover solução justa, vez que estão intimamente entrelaçados os princípios da dignidade da pessoa humana e o da prioridade absoluta, que encerra a consideração do direito à convivência familiar.

Não se pode desprezar o fato de que o vínculo que une mãe e filho, tendo por fundamento a geração da vida – ou a sua viabilização social, na hipótese de adoção – constitui possivelmente o mais forte laço que une dois seres humanos. O conseqüente dessa relação, qual seja, o afeto, ou, mais precisamente, o amor maternal, parece ordinariamente transcender ao sentimento que

une duas pessoas em situação distinta, ainda que ligadas por vínculo amoroso.

Embora comungando do mesmo objetivo de proteção à prole, o amor, nesse contexto, supera o dever, ou, nas palavras de Comte-Sponville (2009, p. 243) “[...] o dever que só nos constringe a fazer aquilo que o amor, se estivesse presente, bastaria, sem coerção, para suscitar”.

Não se ignora que no âmbito criminal de adultos a culpabilidade encerra graduações tomadas como graus de desaprovação, a evidenciar a alta censurabilidade de determinado agir criminoso¹¹, sendo razoável admitir-se que a agressão à mãe encerraria traços dessa natureza.

Todavia, não se vislumbra que a intensidade do amor maternal possa constituir critério lícito a justificar, por si mesmo, a prevalência do direito da mãe em relação ao do adolescente, pois, se assim fosse, restaria ao desabrigo o direito da irmã – ou da companheira – se fossem essas as ofendidas no ambiente doméstico, eis que carentes do mesmo grau de vinculação emocional. Ademais, não é possível cindir-se o tratamento dado ao adolescente conforme a vítima alcançada, tanto pela falta

¹¹ Conforme disposto na Exposição de Motivos do Código Penal “[...] 50. As diretrizes para a fixação da pena estão relacionadas no artigo 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo elenco de penas. Preferiu o Projeto a expressão ‘culpabilidade’ em lugar de ‘intensidade do dolo ou grau de culpa’, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena [...]”.

de previsão legal específica como pela circunstância de que os direitos aqui discutidos albergam-se por detrás de princípios.

Importante consignar que Luis Roberto Barroso (2015), abordando o princípio da dignidade da pessoa humana e situando-o no âmbito dos princípios constitucionais, alude a que ele serve como fator de ponderação para solucionar colisões de normas, malgrado não possua valor absoluto.

Ademais, mesmo na polêmica voltada para a discussão se a dignidade da pessoa humana constitui ou não direito fundamental em si, é certo que ela caracteriza e integra o núcleo de vários outros direitos dessa natureza, sendo, na dicção de Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 140), o “[...] princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência de respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado de igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança”.

Cabe referir que Ronald Dworkin (2002) já havia formulado sua ideia de que regras são normas jurídicas que se aplicam segundo uma sistemática de tudo ou nada, ao passo que princípios comportariam ponderação, ou balanceamento, de molde que assumiriam maior ou menor importância, segundo o caso concreto, podendo haver um processo de acomodação entre diferentes princípios.

Na hipótese aqui versada, há um aparente conflito entre o direito da genitora – e também da irmã e da companheira – de ver garantida a sua vida e a sua integridade física em razão de

agressões do filho – ou irmão ou companheiro – tomado em face do direito do próprio adolescente à convivência familiar, vez que a Constituição Federal de 1988 conferiu a ele a primazia da prioridade absoluta, dentro da doutrina de proteção integral.

Todavia, o direito à vida é direito indisponível, pelo que a ninguém é dado a dele abrir mão, daí decorrendo que viver e, de igual modo, ver-se a salvo de agressões são direitos que se sobressaem no âmbito dos ordenamentos jurídicos. Efetivamente, o próprio Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela XXI sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto 592/92 pelo então presidente Fernando Collor, preceitua, na parte III, art. 6º, que “1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.” (BRASIL, 1992).

A seu turno, o princípio da prioridade absoluta opera no sentido de proteger o adolescente em face de sua condição de pessoa em desenvolvimento, pondo-o a salvo de qualquer forma de negligência. Disso não decorre, todavia, que tal princípio possa torná-lo imune às regras e às restrições constantes das demais normas legais.

Efetivamente, na colisão entre as normas que, de um lado, garantem a vida e a integridade física e psíquica das ofendidas e, de outro, as que asseguram o direito à convivência familiar do adolescente, incide como fiel da balança o princípio da dignidade

da pessoa humana, que, num jogo de ponderação entre valores e interesses em choque e sem afastar em definitivo do mundo jurídico uma das normas, opta por aquela que se afigurar mais legítima no caso em discussão. E, na hipótese aqui cogitada, parece cristalino que a norma a prevalecer é aquela atinente à preservação da vida e da integridade física e psíquica das vítimas.

Por conseguinte, não se vê óbice quanto à aplicação das disposições da Lei Maria da Penha à esfera de responsabilização juvenil, inclusive no que toca ao eventual afastamento do adolescente do lar em caso de necessidade extrema.

4 Uma abordagem socioinfracional de análise e enfrentamento

O Estatuto da Criança e do Adolescente, prevendo a prática de atos infracionais por adolescentes – equivalente juvenil à figura do crime, por força do art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente – estabeleceu um elenco de medidas socioeducativas como resposta à infração praticada, que vai desde a simples advertência à medida de internação em estabelecimento próprio, podendo igualmente envolver a aplicação de medidas protetivas, previstas no art. 101 do Estatuto.

Além disso, a natureza multifatorial do fenômeno da violência juvenil doméstica e a circunstância de que ela atinge mães, irmãs e companheiras do adolescente agressor demonstram a importância de que se conjuguem as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente com as da Lei Maria da Penha, até em

face do ideário inclusivo que norteia o tratamento dessa questão, de resto contemplado no § 1º, do artigo 22, da Lei 11.340/2006, ao dispor que as medidas protetivas de urgência não excluem a aplicação de outras medidas prevista em lei.¹²

Uma primeira questão que se impõe analisar versa sobre o princípio da iniciativa para mover a ação socioeducativa de responsabilização, estando aqui envolvida, em termos bastante peculiares, a discussão que informa a incondicionalidade ou não da ação judicial, vinculada à necessidade de prévia manifestação de vontade da vítima para a sua instauração.

Nesse aspecto, vale mencionar que essa questão, afeta às discussões sobre responsabilização de adultos levadas a efeito nos tribunais, é estranha ao direito juvenil, vez que, nessa seara, as ações socioeducativas são sempre de natureza pública, independentemente de ato volitivo da vítima para seu desencadeamento.

De outro lado, a aplicação de uma das medidas socioeducativas típicas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente em seu art. 112, incisos I a VI: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação –, ou mesmo de uma medida protetiva prevista no art.

¹² No âmbito da infração juvenil doméstica tem lugar qualquer uma das medidas protetivas de urgência previstas no art. 22, da Lei Maria da Penha, à exceção do inciso I, pois ao adolescente não é conferida a possibilidade de posse ou porte legal de arma de que possa resultar a restrição a tal direito, sendo que a aplicação de cada uma das medidas vai depender da vítima – se mãe, irmã ou companheira –, observadas as condicionantes de cada caso concreto.

101, nesse caso ministrada por força da prática de ato infracional, nos termos do art. 112, inciso VII, Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), pode efetivamente solucionar o quadro de violência.

Uma dificuldade, nesse aspecto, reside na eventual resistência do adolescente em cumprir a medida ministrada, porque, à exceção da medida de internação, as demais contam com mecanismos de coerção ao cumprimento que atuam de forma diferida, ou seja, após o descumprimento já operado. Nada obstante, a imposição de medida socioeducativa como resultado da prática de um ato infracional – o equivalente estatutário ao crime – sem o consentimento do adolescente e pela via da sentença, dá-lhe um inegável caráter sancionatório e, nesse aspecto, penalizante (SARAIVA, 2010, p. 86). E isso ocorre porque, aplicada a medida, está o adolescente obrigado a cumpri-la, quer queira ou não, sob pena de utilização dos instrumentos legais coercitivos ou dos voltados para a busca do adimplemento.

Vale notar, todavia, que a solução infracional não se mostra a única e, quiçá, a mais importante e adequada à temática de atos infracionais no âmbito da Lei Maria da Penha pois, quando se trata de violação no ambiente doméstico e de relacionamentos interpessoais entre pessoas com vínculos de afetuosidade, mostra-se importante proceder à articulação de todo o instrumental teórico e legal disponível.

Nesse sentido, cabe consignar a sistemática vigente em Portugal para a proteção de crianças e jovens em perigo, inclusive de risco infracional, que elenca os princípios informadores, apregoando o envolvimento do próprio adolescente no restabelecimento da paz doméstica, segundo Borges (2007):

Não carece de dúvida, que a criança/jovem, em relação às medidas concretas que lhe forem aplicadas para afastar a situação de perigo em que se encontra, no seu interesse superior, deve ser preservada na sua imagem, deve ser objecto de uma intervenção imediata, mínima, proporcional e subsidiária, pressupondo o seu conhecimento das medidas que lhe pretendem aplicar, visando a sua participação na reintegração familiar da qual foi afastada, por qualquer circunstância. Daí que, tendo em conta, sempre, o designado interesse superior da criança e do jovem e que os outros princípios são desenvolvimento desse princípio, que os mesmos se possam, sintetizando, resumir da seguinte forma:

– *Princípio da intervenção mínima, proporcional e subsidiária*, tendo como pano de fundo a exclusividade-subsidiariedade da intervenção por todas as entidades que podem remover o perigo, visando uma actuação indispensável, necessária e adequada ao afastamento do perigo;

– *Princípio da intervenção imediata e urgente*, o que pressupõe que a intervenção pelas entidades competentes seja precoce e actual;

– *Princípio da intervenção reintegradora da vida familiar*, o que implica a tentativa de restabelecimento, por todos os meios possíveis, dos deveres parentais e da vida familiar da criança/jovem;

– *Princípio da intervenção informadora e apelativa da participação da criança/jovem*, pressupondo o esclarecimento e a contribuição decisiva da criança/jovem quanto ao restabelecimento da sua vida familiar e a sua reintegração, como forma de manter afastado o perigo que justificou a intervenção das entidades, tendo em vista a adopção das medidas de proteção e defesa da criança/jovem (BORGES, 2007, p. 46, grifo do autor).

Consoante se vê, reconhece-se no adolescente a capacidade de contribuir para o restabelecimento da paz doméstica a partir de sua coparticipação no processo de reajustamento da dinâmica familiar, deflagrado por um movimento inicial de esclarecimento quanto à impropriedade do quadro de risco, perigo e violências.

Busca-se, dessa forma, a articulação de todo o arsenal disponível para a superação do quadro de desajuste, não se desprezando intervenções que se possam mostrar resolutivas, a evidenciar a pertinência da aplicação da Lei Maria da Penha na esfera juvenil brasileira.

5 Especificidades da aplicação da Lei Maria da Penha no âmbito da infração juvenil

A condição de adolescente impõe, por critérios biológicos, por fatores sociais e por previsão legal, a constatação e a observância de uma hipossuficiência emocional, familiar, financeira e jurídica, a influir na aplicação dos dispositivos protetivos da Lei Maria da Penha no âmbito da justiça juvenil.

Não se cuida de negar a aplicação da lei de proteção doméstica no âmbito menorista, até porque o referido diploma legal não excepciona sua aplicabilidade na esfera juvenil, mas de interpretá-la e aplicá-la segundo ditames que orientam o funcionamento desse sistema. Não é uma questão de concepção, mas de aplicação.

Nesse sentido, há que se considerar que o adolescente é visto na lei como pessoa em desenvolvimento e, por consequência,

emocionalmente dependente de seus responsáveis, sejam os pais ou, na maioria das vezes, a mãe, isoladamente¹³.

O afastamento do adolescente do lar – embora possível, pois há casos em que a preservação da vida reclama tal providência – não deve ser a primeira opção de escolha, tampouco prolongar-se demasiadamente, porque, nesse caso, estar-se-ia privando o adolescente do convívio familiar e dos consectários desse conceito, inclusive o poder de orientação parental. Obviamente, a proibição de manter contato com a mãe ofendida subordina-se a restrições ainda maiores na sua aplicação, pois que é por essa via que se viabiliza a reaproximação e a superação do quadro de violência vivenciado.

Nesse campo juvenil, o Estado busca restaurar a relação entre ofensor e ofendida (filho e mãe), projeto alheio ao enfoque protetivo doméstico quando se trata de vínculo entre duas pessoas desprovidas dos laços de filiação.

Além disso, ao contrário do adulto, o adolescente carece de vínculo laboral e suporte financeiro aptos ao provimento de seu sustento longe dos pais ou responsáveis, pelo que o afastamento demandaria antes a averiguação acerca da existência de parentes aptos a recebê-lo, porquanto o encaminhamento a abrigo público

¹³ Famílias monoparentais em que a mãe é a pessoa responsável pelo lar constitui a maioria entre aquelas a que pertencem os adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação, conforme apurou estudo do CNJ – Conselho Nacional de Justiça (2012, p. 18), ao revelar que 43% foram criados apenas pela mãe, 4% pelo pai sem a presença da mãe, 38% por ambos, 17% pelos avós e 4% por outros familiares.

não constitui opção legítima, haja vista que a própria dinâmica do acolhimento institucional trabalha com a lógica de reintegrá-lo à família, o que, se é correto no plano da própria convivência familiar, dificulta o recurso a tal opção como medida de salvaguarda.

Por envolver a violência doméstica todo um amplo leque de transgressões, pode-se deparar eventualmente com fatos que, *a priori*, configurariam tentativa de homicídio¹⁴. Nesse caso, pode-se cogitar a internação infracional cautelar do adolescente pelo prazo máximo de 45 dias, se constatado ser imperiosa essa medida e desde que atendidos os preceitos legais constantes no art. 174, parte final, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao longo dessa internação cautelar de natureza infracional, cabe à genitora visitar o jovem na unidade de custódia, procurando estabelecer com ele diálogo que se agrega às intervenções procedidas pelas equipes técnico-assistenciais, de forma a viabilizar o exercício da autorreflexão pelo adolescente, necessária à mudança de comportamento, daí porque se percebe, mesmo nesses casos extremos, a importância de manter-se a possibilidade de contato de mãe e filho, evidenciando a excepcionalidade que deve nortear eventual proibição de contato entre o filho agressor e a mãe ofendida, reservado apenas a situações especialíssimas, segundo o caso concreto.

¹⁴ Inexiste, no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao contrário do que acontece no âmbito da justiça criminal de adultos, diferenciação de ritos quando se trata de ato doloso contra a vida, sendo todos os atos infracionais julgados segundo o procedimento único previsto no código menorista.

Fator importante no contexto da infração juvenil¹⁵ e comumente encontrado nos casos de violência doméstica praticada por adolescentes, o consumo de drogas necessita ser enfrentado mediante a aplicação da medida protetiva prevista no artigo 101, inciso VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente, insinuando uma simbiose virtuosa entre o Estatuto e a Lei Maria da Penha (LMP).

Na violência doméstica protagonizada por adolescente, a questão relacional encontra-se permeada por consumo de drogas, desestrutura familiar, envolvimento do jovem com más companhias, falhas no exercício da autoridade parental, abandono da escola, falta de perspectiva quanto ao futuro e ausência de freios oriundos das instâncias informais e formais, exigindo uma intervenção multidisciplinar para a superação desse quadro.

No que toca ao aspecto procedimental, devem-se observar alguns pressupostos. O primeiro deles é relativo à autoridade judiciária competente, que deve ser sempre o juiz da vara da infância e da juventude com competência para apreciar feitos de natureza infracional, com jurisdição no local dos fatos.

Além disso, sendo o adolescente titular do direito à convivência familiar, a supressão de tal direito mediante a determinação de seu afastamento do lar, ainda que a título

¹⁵ Estudo conduzido, em nível nacional, pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça (2012, p. 19) apontou que, entre adolescentes e jovens em cumprimento de medida de internação, 74,8% deles faziam uso de drogas ilícitas e esse percentual era ainda maior na região Centro-Oeste, onde o índice alcançava 80,3%.

provisório, exige a prévia oferta, pelo Ministério Público, titular exclusivo da ação socioeducativa, de representação infracional (equivalente à denúncia no rito criminal) e o seu recebimento pelo juiz, instaurando-se, assim, a ação socioeducativa, de forma a demarcar-se os limites da acusação, estabelecer-se o contraditório e a garantir-se o devido processo legal, quando, então, será possível, ainda que em juízo cautelar de cognição sumária, proceder-se à análise acerca da conveniência e da oportunidade da providência cogitada.

Esse óbice à restrição a direito fundamental no âmbito do direito juvenil impede, por critério de coerência lógica, que a autoridade policial postule diretamente ao juiz da infância e da juventude a aplicação de medidas previstas na LMP, conquanto a menção a tais providências pelo delegado, em face do princípio da proximidade da autoridade com os atores envolvidos, possa constituir importante elemento para a análise acurada do quadro de desarmonia familiar existente.

Pelas mesmas razões, percebe-se a impossibilidade de que o afastamento seja ajustado em sede de remissão pré-processual cumulada com aplicação de medida socioeducativa em meio aberto, com o acréscimo ou não de medidas protetivas, em acordo perante o Ministério Público, mesmo que tal ajuste seja submetido à homologação judicial, pois que, nessa hipótese, ainda não se demarcaram os limites da acusação, tampouco se estabeleceu o contraditório de forma plena, condições exigíveis para a restrição a direito fundamental, por decisão judicial.

De outra sorte, a decisão judicial que determina, nos autos da ação socioeducativa, o afastamento tanto pode ser uma decisão de mérito, tomada após todo o curso processual, quanto uma decisão em sede de remissão judicial como forma de suspensão do feito, igualmente adequada, pois permite o acompanhamento da situação ao longo do período de vinculação do adolescente.

É, aliás, justamente a diversidade dos vínculos discutidos em sede de violência doméstica juvenil – filial, fraternal ou conjugal – que orienta a multiplicidade das soluções procedimentais previstas, pois a quebra do vínculo mãe-filho tem como solução a sua restauração ao final do processo, o que não necessariamente acontece com os demais vínculos. Por isso, não se cogita necessariamente aguardar o fim do processo para determinar-se o afastamento, mas, antes, poder aplicá-lo em sede de remissão suspensiva, durante o curso processual, em ordem a restaurar o convívio ao final, lembrando que se trata de vínculo de filiação, por hipótese inquebrantável, salvo nas hipóteses legais.¹⁶

¹⁶ As hipóteses de suspensão e de destituição do poder familiar previstas na lei civil (arts. 1635, V; 1637 e 1638 do Código Civil) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 24 e arts. 155 a 163 do ECA) demandam a instauração de procedimento especial previsto no Estatuto e pode envolver o afastamento do lar, mas, via de regra isso se dá em face do comportamento dos pais e não do filho, como na hipótese versada neste texto, não podendo o rito procedimental ali previsto, de cunho cível, servir de parâmetro para a infração doméstica juvenil, ordinariamente associada à prática de ato infracional.

6 Considerações finais

É inegável a existência de violências praticadas por adolescentes no ambiente doméstico e incontestável a importância de que tal fenômeno seja situado no âmbito de outras ocorrências que acometem o tecido social, de forma a extrair desse conjunto conclusões e abordagens que se mostrem adequadas e relevantes.

A violência juvenil doméstica, enquanto fenômeno multifatorial, demanda a consideração de diversos fatores, entre os quais os possíveis confrontos entre os direitos do próprio adolescente e os de integrantes de seu círculo familiar ou de relacionamento, de tal forma que, no exercício da reflexão daí decorrente, se possa promover o manuseio dos instrumentos legais com eficácia crescente.

Efetivamente, não pode o sistema de justiça juvenil prescindir da utilização das disposições da Lei Maria da Penha no campo juvenil, pois, por meio delas, além de prover solução para problemas cotidianos, viabiliza-se a inserção de valores no comportamento adolescente, plenamente compatíveis tanto com o aspecto pedagógico inerente a essa justiça especializada quanto com o interesse em evitar a reprodução de comportamentos desviantes futuros, na vida adulta.

A violência doméstica praticada por adolescente é um fato e, como tal, necessita de enfrentamento pelos poderes constituídos e por toda a sociedade. O presente texto é uma modesta contribuição para uma melhor compreensão da temática e para a articulação de soluções que busquem garantir a integridade das vítimas e

os direitos do adolescente transgressor, dentro da doutrina da proteção integral, com vista a alcançar a paz familiar e social.

Title: Between affection and violence: juvenile delinquency in the context of domestic violence

Abstract: This paper discusses the enforcement of the Brazilian legislation on domestic violence, known as Maria da Penha Law, on cases of offenses against women committed by adolescents. It also discusses the phenomenon of juvenile domestic violence as an affront to the principle of human dignity. It analyzes briefly the theories that seek to explain the phenomenon and procedural aspects relating to the enforcement of the legal provisions on forensic practice, emphasizing the importance of a comprehensive settlement in confrontation of this type of problem. It advocates the legal and therapeutic approach as a means of resolving conflicts and stresses the importance of the protection of the mother, the sister, and the adolescent partner, demonstrating the need to restore the link in relation to the first case, given the indissoluble bond that unites mother and children.

Keywords: Adolescent. Domestic violence. Human dignity.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORGES, Beatriz Marques. *Protecção de crianças e jovens em perigo: comentários e anotações à Lei nº 147/99 de 1 de setembro*. Coimbra: Almedina, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

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.

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.

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, 8 ago. 2006.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Panorama nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação*. Brasília, 2012.

DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. Tradução: Maria Beatriz M. Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1971.

DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Internamento de menores delinquentes: a lei portuguesa e seus modelos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GROSSI, Miriam Pillar. Rimando amor e dor: reflexões sobre a violência no vínculo afetivo-conjugal. In: PEDRO, Joana Maria; GROSSI, Miriam Pillar (Org.). *Masculino, feminino, plural: o gênero na interdisciplinaridade*. Florianópolis: Editora Mulheres, 1998.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; ASSIS, Simone Gonçalves de; NJAINE, Kathie (Org.). *Amor e violência: um paradoxo das relações de namoro e do ‘ficar’ entre jovens brasileiros*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Raquel Vasconcellos Carvalhaes de et al. A pesquisa e os jovens que dela participaram. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza; ASSIS, Simone Gonçalves de; NJAINE, Kathie (Org.). *Amor e violência: um paradoxo das relações de namoro e do ‘ficar’ entre jovens brasileiros*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Relatório Mundial sobre a Prevenção da Violência 2014*. Genebra, 2014.

PAGLIA, Camille. *Personas sexuais: arte e decadência de Nefertite a Emily Dickinson*. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

ROCHA, Zeferino. *Paixão, violência e solidão: o drama de Abelardo e Heloísa no contexto cultural de século XII*. Recife: UFPE, 1996. 436 p.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ZIEMKIEWICZ, Nathalia; MENDONÇA, Martha; GUIMARÃES, Camila. Elas batem. Eles apanham: o maior levantamento sobre a violência amorosa entre os adolescentes brasileiros revela que as meninas agridem mais que os meninos... *Revista Época*, Rio de Janeiro, n. 702, 31 out. 2011.

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

FRANCO, Nino. Entre o afeto e a violência: a infração juvenil no contexto da violência doméstica. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 115-149, 2016. Anual.

Submissão: 27/6/2016

Aceite: 13/10/2016

A responsabilidade moral do Ministério Público na individualização dos atos infracionais dos adolescentes em conflito com a lei

Ana Cláudia de Souza Valente

Chefe de Gabinete da Vice-Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Pós-Graduada em Direito Público pelo UniCeub. Graduada em Direito pelo UniCeub e em Administração pela UnB.

Resumo: Consoante a perspectiva da proteção integral, fruto de evolução histórica dos direitos das crianças e dos adolescentes, definiu-se essa categoria como sujeitos de direitos, cujos direitos fundamentais são protegidos por meio de documentos internacionais, da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive quanto à necessidade de responsabilização diferenciada. Nesse sentido, o Ministério Público, enquanto instituição protetora da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, deve agir na defesa dos direitos fundamentais dos adolescentes, especialmente no que toca à promoção e ao acompanhamento dos procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes tanto na escolha como aplicação de medidas socioeducativas pelo Judiciário. Nessa linha, o problema suscitado é como o Ministério Público caminhará para consolidar a garantia dos direitos fundamentais dos adolescentes em conflito com a lei, especialmente para se efetivar o direito fundamental à individualização e a excepcionalidade da medida socioeducativa de internação, alcançando a perspectiva da proteção integral, levando em consideração que se tratam de seres em desenvolvimento. A hipótese é a de que o agir ministerial, respaldado na responsabilidade moral e alinhado à principiologia que envolve a proteção integral, pode contribuir para a defesa dos interesses coletivos e individuais indisponíveis desses adolescentes.

Palavras-Chave: Proteção integral. Medidas socioeducativas. Responsabilidade moral.

Sumário: Introdução. 1 Direitos das crianças e dos adolescentes. 1.1 Instrumentos normativos. 1.1.1 Declaração Universal

dos Direitos das Crianças – 1959. 1.1.2 Convenção Internacional dos Direitos das Crianças – 1989. 1.1.3 Constituição Federal – 1988. 1.1.4 Estatuto da Criança e do Adolescente – 1990. 1.2 Proteção integral. 2 Responsabilização da infância e da adolescência. 2.1 Histórico de responsabilização. 2.2 Natureza, finalidades e espécies de medida socioeducativa. 2.2.1 Natureza e finalidade. 2.2.2 Espécies de medidas socioeducativas. 3 Responsabilidade moral. 3.1 Como não ser responsável. 3.2 Filtros. 3.3 Responsabilidade moral do Ministério Público na tutela dos direitos infantojuvenis. 4 Considerações finais. Referências.

Introdução

Sabe-se que o Direito da Criança e do Adolescente brasileiro experimentou transição paradigmática após a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), contrapondo a doutrina da situação irregular presente no antigo Código de Menores, que reforçava a exclusão social, com a doutrina da proteção integral, que permitiu compreender as crianças e os adolescentes como sujeito de direitos. Essa categoria possui uma gama de direitos fundamentais previstos tanto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança como na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Entre eles, encontra-se o direito de serem responsabilizados para atender dupla finalidade: sancionadora/punitiva e educativa/pedagógica.

Contudo, percebe-se dificuldade de implementação do paradigma protetivo, seja na seara interpretativa, seja na aplicação objetiva dos novos princípios e preceitos pela comunidade jurídica, pela rede de atendimento e pela sociedade.

Neste texto, defende-se que o Ministério Público, enquanto instituição protetora da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, deve agir em defesa dos direitos fundamentais dos adolescentes, especialmente no que toca à promoção e ao acompanhamento dos procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes, notadamente na fixação e na aplicação de medidas socioeducativas pelo Judiciário. Mas como o Ministério Público caminhará para consolidar a garantia dos direitos fundamentais dos adolescentes em conflito com a lei, especialmente para se efetivar o direito fundamental à individualização e à excepcionalidade da medida socioeducativa de internação, alcançando a perspectiva da proteção integral?

A hipótese é a de que a crise interpretativa ou o choque de paradigmas podem ser sanados com o estudo histórico dos direitos infantojuvenis e a compreensão da principiologia vigente na Constituição Federal de 1988, a fim de se perceber que o agir ministerial, na promoção e no acompanhamento dos procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes, deve ser respaldado na responsabilidade moral. Essa atuação ministerial pode contribuir para a defesa dos interesses coletivos e individuais indisponíveis das crianças e dos adolescentes.

O recorte do problema será, portanto, uma análise crítica da evolução dos direitos das crianças e dos adolescentes, especialmente no que toca à responsabilização, assim como do paradigma da proteção integral, que rege atualmente o sistema de proteção e responsabilização dos adolescentes e,

consequentemente, a exigência de fiscalização por parte do Ministério Público na perspectiva da responsabilidade moral.

No que toca ao quadro teórico, será sedimentado na responsabilidade moral de Dworkin (2011) para conferir maior racionalidade ao agir ministerial. Quanto à metodologia, será adotada a revisão da literatura com o levantamento histórico sobre o tema.

1 Direitos das crianças e dos adolescentes

1.1 Instrumentos normativos

É cediço que os direitos das crianças consolidaram uma das principais alterações jurídicas em nível nacional e internacional, sob a lente da “Era dos Direitos” descrita por Bobbio (2004).

Inúmeros documentos internacionais colaboraram para a formação do atual Direito da Criança e do Adolescente, dentre eles, destacam-se: a Declaração de Genebra de 1924, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, as Regras Mínimas de Beijing e as Regras Mínimas de Riad. Porém, os documentos que registraram força política e normativa capaz de impor mudança de paradigma no âmbito das Nações Unidas foram a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 28, que culminaram com a elaboração

do texto constitucional e do Estatuto da Criança e do Adolescente (SAUERBRONN, 2011, p. 10).

1.1.1 Declaração Universal dos Direitos das Crianças – 1959

Do leque acima, chama-se a atenção para a Declaração Universal dos Direitos da Criança aprovada pelo Sistema Nações Unidas em 1959 (SAUERBRONN, 2011, p. 10-11), que desenhou nova moldura de atendimento à criança e ao adolescente, baseada nos direitos humanos¹, aperfeiçoando o conteúdo da Declaração de Genebra.

Essa Declaração afirmou os direitos fundamentais infantojuvenis, reconhecidos como imprescindíveis para o desenvolvimento saudável do ser humano enquanto criança, descrevendo para tanto uma proteção especial, orientando os países signatários, dentre eles o Brasil, a empreenderem todos os esforços no sentido de realizarem políticas movidas pelo viés da proteção.

O tratamento especial determinado pela Declaração se justifica em face da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, situação a ser considerada por todos que lidam com essa parcela da população e, sobretudo, pelos atores

¹ *Princípio 2º - Declaração Universal dos Direitos da Criança*

A criança gozará de proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade.

do Sistema de Justiça, incluindo os membros e servidores do Ministério Público.

1.1.2 Convenção Internacional dos Direitos das Crianças – 1989

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança², cujo anteprojeto foi apresentado pela Polônia em 1978, surgiu a partir de ampla discussão pela comunidade internacional e tinha por finalidade a alteração do rol de direitos fundamentais afirmados na Declaração Universal dos Direitos da Criança. Porém, somente em 1989 é que o texto final da Convenção foi aprovado pela Assembleia das Nações Unidas (SAUERBRONN, 2011, p. 11).

Essa Convenção impôs avanços ao Direito da Criança e do Adolescente. Num primeiro momento, pela sua força normativa e, num segundo momento, por ter: compilado todos os princípios elencados nos documentos internacionais listados acima, reafirmado os direitos fundamentais, destacado a responsabilização dos pais ou responsáveis na garantia do desenvolvimento saudável bem como por ter apresentado os contornos das políticas públicas para o atendimento infantojuvenil, salientando o empenho que os Estados-Partes têm de envidar para a concretização do conteúdo

² A redação dos três próximos itens foi inspirada, principalmente, no texto de dissertação de mestrado da autora, pelo UniCeub, intitulado Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no âmbito do sistema de justiça do Distrito Federal, defendida em março de 2014.

do texto, complementado, assim, a Declaração Universal no sentido da obrigatoriedade³ (SAUERBRONN, 2011, p. 11).

Assim, a Convenção Internacional de 1989 registrou importância decisiva para a formação desse bloco de legislação, tematizando a questão no âmbito normativo internacional, pois elevou a criança e o adolescente à *condição de sujeito de direitos*, reconhecimento que constitui o ponto nevrálgico desta área do direito. Vedou taxativamente as detenções ilegais ou arbitrárias, no sentido de que nenhuma criança ou adolescente poderá ser apreendido, senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e motivada de autoridade competente.

Pereira sustenta que este instrumento representa um consenso pela comunidade estrangeira acerca da existência de alguns direitos básicos, aceitos universalmente, e fundamentais para o desenvolvimento saudável da infantoadolescência. Afigura-se, em síntese, o documento jurídico internacional de maior transcendência, visando à promoção e ao exercício dos direitos desta categoria (PEREIRA, 1992, p. 67).

1.1.3 Constituição Federal – 1988

Sob a influência da Convenção Internacional e dos movimentos sociais organizados, especialmente da Pastoral do

³ *Princípio 3º- Convenção Internacional dos Direitos da Criança*
§2. Os Estados-Membros se comprometem a assegurar à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis por ela e, para este propósito, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas apropriadas.

Menor e do Movimento Nacional de Meninas e Meninas de Rua, que eclodiram no decorrer da Assembleia Nacional Constituinte, a Constituição Federal de 1988 consagrou a nova matriz disciplinar de atendimento da criança e do adolescente, sob o manto da democracia, da transformação social e do respeito às liberdades fundamentais, ou seja, seguindo o tripé da subjetividade jurídica-política-social o que, nesse sentido, pressupõe formatação de práticas pelos atores jurídicos compatíveis com essa matriz.

A Constituição Federal de 1988 desenhou uma agenda de reformas, fruto de amplo debate das organizações sociais no decorrer da década de 80, pautada na exigência da democratização do Estado com a garantia das liberdades fundamentais, em busca de uma transformação social, resultando na consolidação de um modelo estatal universalista e redistributivo, com características de Estado do Bem-Estar Social, cujas políticas sociais são, de modo preponderante, de responsabilidade do poder público. Essa movimentação da sociedade civil envolveu segmentos da infância e adolescência, razão pela qual a agenda de democratização traçada no corpo constitucional contemplou os interesses dessa clientela (SAUERBRONN, 2011, p. 12).

À frente de outros países e antecipando-se à própria Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o Brasil

consagrou nos artigos 227⁴ e 228⁵ os princípios estruturantes da Doutrina das Nações Unidas da Proteção Integral, com o reconhecimento da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento da criança e do adolescente, assegurando-lhes, para tanto, o direito à vida, à saúde, à convivência familiar, à educação, ao lazer, entre outros, com prioridade de garantia pela família, pela sociedade e pelo Estado (SAUERBRONN, 2011, p. 12).

A Constituição Federal de 1988, ao eleger o modelo de Estado, optou pelo paradigma democrático e de direito, dispondo nos incisos do artigo 1º os seus fundamentos, dentre os quais se destacam a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Eles também constam na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 bem como na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989 (VERONESE, 2006, p. 52) e se configuram como instrumentos que sedimentam a doutrina da proteção integral e os seus princípios norteadores.

⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁵ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

1.1.4 Estatuto da Criança e do Adolescente – 1990

A fim de materializar o comando constitucional e de implementar o novo sistema de atendimento à infância e à juventude, foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), apontado como a primeira lei latino-americana a se ajustar à normativa internacional (SARAIVA, 2002, p. 16) que, além de reafirmar os direitos fundamentais, descreve os contornos das políticas públicas direcionadas ao atendimento das necessidade dessa parcela da população.

Para a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi instituída a Comissão de Redação, com representação de três grupos: os técnicos de entidades governamentais, os representantes dos movimentos sociais e os juristas especialmente ligados ao Ministério Público. Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente reafirmou o art. 227 do texto constitucional e desenhou um modelo de responsabilização penal especial do adolescente, sob a modelagem das garantias individuais, promovendo ruptura em nível normativo e teórico em relação à matriz antecessora.

O novo modelo tem por base o devido processo legal, compreendido como uma garantia e não como um direito, eis que visa proteger o indivíduo contra a ação arbitrária do Estado. Do devido processo legal derivam as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e da defesa patrocinada por advogado ou por defensor público.

Ao lado dos direitos e garantias contempladas pelo Estatuto, observa-se a incidência do critério hermenêutico, segundo o qual toda e qualquer disposição estatutária somente deve ser interpretada e aplicada tomando como ponto de partida a proteção dos direitos fundamentais. Incluindo, assim, no rol de proteção quaisquer crianças e adolescentes, inclusive aqueles que se encontram em situação de risco ou de vulnerabilidade social, as vítimas de exploração sexual ou de trabalho infantil, os excluídos das políticas públicas e os autores de atos infracionais, considerando que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Aliado a essa compreensão, o Estatuto autoriza aplicação subsidiária das regras gerais previstas na legislação processual penal dirigida ao imputável, o que leva a inferir que o adolescente acusado de prática de ato infracional faz *jus* a quaisquer direitos e garantias da disciplina processual penal e constitucional destinados aos adultos autores de crimes, o que conduz à aproximação do garantismo de Ferrajoli (2010)⁶.

A nova matriz traz concepção de atendimento em rede, em virtude da incompletude institucional e do caráter interdisciplinar, multidisciplinar e transdisciplinar da temática e considera

⁶ O modelo garantista clássico se fundamenta nos princípios da legalidade estrita, da materialidade e da lesividade dos delitos, da responsabilidade pessoal, do contraditório entre as partes e da presunção de inocência, configurando um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade (FERRAJOLI, 2010, p. 37-38).

como trilogia no campo da práxis, a liberdade, a dignidade e o respeito à autonomização do adolescente, concepção que recebeu detalhamento pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) (BRASIL, 2010). Para as situações de risco, quando há ameaça ou violação aos direitos fundamentais, o Estatuto apresenta um leque de medidas de proteção que também se pautam na trilogia liberdade-dignidade-autonomização da criança e do adolescente.

1.2 Proteção integral

Nota-se que o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente representou um marco divisório extraordinário no trato da questão da infância e da adolescência. Seguindo o texto constitucional, o ECA adotou a doutrina da proteção integral, em detrimento da doutrina da situação irregular, que presidia o antigo sistema (SARAIVA, 2002, p. 15).

Essa escola, que dirige e orienta o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, parte do pressuposto de que todos os direitos da criança e do adolescente devem ser reconhecidos. Ela tem como norte a Convenção das Nações Unidas para os Direitos das Crianças, estabelecendo que esses direitos se constituem em direitos especiais e específicos porque resguardam pessoas em desenvolvimento (SARAIVA, 2002, p. 17).

Operou-se uma mudança de referenciais e paradigmas na ação política nacional, com reflexos diretos em todas as áreas, especialmente no plano infracional. Do ponto de vista

das garantias penais, processuais e de execução no sistema da infância e da adolescência para aqueles em conflito com a lei, o ECA trouxe a condição de sujeitos do processo e não de meros objetos, como era no regime anterior. Consequentemente, passam, também, a ser detentores de direitos e obrigações próprios do exercício da cidadania plena, observada a condição de pessoa em desenvolvimento (SARAIVA, 2002, p. 15).

A ideologia que norteia o Estatuto da Criança e do Adolescente se assenta no princípio de que todas as crianças e todos os adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam, rompendo, definitivamente com a ideia, até então vigente, de que os Juizados de Menores seriam uma justiça para os pobres (SARAIVA, 2002, p. 19-20).

A ruptura com a doutrina da situação irregular demonstra que o legislador pátrio agiu de forma coerente com o texto constitucional de 1988 e com documentos internacionais, com consenso da comunidade das nações, abordando a questão da criança e do adolescente como prioridade, sendo dever da família, da sociedade e do Estado sua proteção (art. 227 da Constituição Federal) (SARAIVA, 2002, p. 20).

Assim, a doutrina que até agora se apresentou como atual é a da proteção integral, o que leva a crer que também nela estará inserida a (re)educação do adolescente em valores humanos (MENESES, 2008, p. 90).

2 Responsabilização da infância e da adolescência

2.1 Histórico de responsabilização

No âmbito brasileiro, a responsabilização das crianças e dos adolescentes ocorreu em três períodos. Primeiro aplicou-se a doutrina penal, depois houve transição para o caráter tutelar da intervenção estatal e posteriormente, para a doutrina da proteção integral. Nesse sentido, o primeiro período refere-se a doutrina inserta nos Códigos Penais de 1830 a 1890, que admitia a responsabilização de menores entre 9 e 14 anos de idade que agissem com discernimento, impondo-lhes recolhimento em estabelecimento disciplinar, por período fixado por um juiz comum (MENESES, 2008, p. 55).

Assim, o Brasil atravessou um período assistencialista quanto à intervenção do Poder Judiciário na responsabilização de adolescentes. Após, criou-se do primeiro Juizado de Menores, ocorrido em 1924, com foco na proteção de menores abandonados e delinquentes. Em 1927, foi instituído o primeiro Código de Menores, conhecido com o “Código de Mello Mattos”, que submetia o maior de 14 anos e o menor de 18 anos, abandonado ou delinquente, ao seu regime e proibia a sua submissão ao processo penal (MENESES, 2008, p. 54).

O Código Penal de 1940 estabeleceu a inimputabilidade aos menores de 18 anos, atribuindo a análise de seus atos à legislação especial, com pedagogia corretiva, reafirmando-se o caráter tutelar (MENESES, 2008, p. 55).

Seguiu-se a criação do Serviço de Assistência a Menores (SAM) na Era Vargas, no ano de 1942, em que se apresentava a diferenciação legal do menor e da infância e se criaram várias instituições de internatos com evidente conotação de presídio de menores, tendo em vista que se caracterizavam por aplicação de castigos físicos, maus-tratos etc. O SAM perdeu o controle das instituições que criou e, em 1964, deu lugar à Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), sob a influência da doutrina de Segurança Nacional, promulgada pela ditadura militar (MENESES, 2008, p. 56).

A partir desse ponto, estabeleceu-se a necessidade de revisão do Código de Menores, com a verificação de uma nova doutrina, de caráter tutelar. Essa nova doutrina, denominada doutrina do menor em situação irregular, foi implementada com o novo Código de Menores de 1979 e tratava os menores de 18 anos como objetos da norma jurídica, de intervenção do estado sem limites e de forma discricionária, não diferenciando infratores, abandonados ou órfãos na contramão do que já dispunham os instrumentos normativos internacionais, no sentido do acolhimento da doutrina da proteção integral (MENESES, 2008, p. 56-57).

A criminalização da pobreza e a judicialização das questões sociais foram características marcantes do período desse novo Código de Menores, com aplicação do “sistema FEBEM”, que amparava decisões judiciais que determinavam internações, mesmo aos que não eram autores de ato infracional,

como, por exemplo, vítimas de maus-tratos familiares (MENESES, 2008, p. 58).

A caminhada histórica rumo, em seguida, para a proteção integral, na linha do disposto no cenário internacional, afastando-se do informalismo existente marcado pela subjetividade do juiz na aplicação das medidas socioeducativas. Sepultou-se a concepção tutelar e reconheceram-se a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos na ordem jurídica (MENESES, 2008, p. 59).

Com a doutrina da proteção integral, surge o princípio da legalidade para verificação dos atos dos adolescentes (não mais menores⁷). Após a “procedimentalização” do devido processo legal e se comprovadas a autoria e a materialidade de ato infracional, ao adolescente serão aplicadas medidas socioeducativas e/ou protetivas⁸, as quais serão executadas por uma rede de atenção. A nova concepção cancela a possibilidade da

⁷ Houve, a partir da concepção de proteção integral, um rompimento com os procedimentos anteriores, com a introdução no sistema dos conceitos jurídicos de criança e adolescente, em prejuízo da antiga terminologia “menor”, que servia para conceituar aquele em “situação irregular”. Pelo novo ideário, todos aqueles menores de 18 anos, independente de sua condição social, econômica ou familiar, são crianças (até doze anos incompletos) ou adolescentes (até 18 anos incompletos), na esteira do art. 2º da Lei nº 8.069 do ECA (SARAIVA, 2002, p. 15).

⁸ Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I – advertência; II – obrigação de reparar o dano; III – prestação de serviços à comunidade; IV – liberdade assistida; V – inserção em regime de semiliberdade; VI – interação em estabelecimento educacional; VII – qualquer uma as previstas no art. 101, I a VI (BRASIL, 1988).

invocação da doutrina penal ou da doutrina da situação irregular e aplica garantias processuais que assegurem a justa aplicação de medidas socioeducativas (MENESES, 2008, p. 60).

Contudo, o que se percebe é que no lugar da ruptura com os elementos do paradigma antecessor, observa-se a manutenção dos adolescentes num sistema que, por vezes, guarda semelhança com o paradigma da situação irregular e que sinaliza a pretensão de legitimar as suas ações tendo por base o paradigma da proteção integral. Nesse contexto, verifica-se uma atuação concomitante, no nível da prática, de dois paradigmas socioeducativos, ou seja, uma contradição entre o discurso dogmático e o normativo em relação a sua prática (SAUERBRONN, 2014, p. 6).

2.2 Natureza, finalidades e espécies de medida socioeducativa

2.2.1 Natureza e finalidade

As medidas socioeducativas, enquanto contrapartidas pelo ato praticado pelo adolescente, evoluíram juntamente com o sistema de responsabilização.

Como se viu, houve uma caminhada histórica sobre a responsabilização de adolescentes, com a visualização de três etapas do tratamento penal dos menores de idade: a etapa de caráter penal indiferenciado, dos códigos penais retribucionistas; a etapa de caráter tutelar, que criou “abrigos” específicos destinados a adolescentes; e a etapa da reponsabilidade penal dos adolescentes, que se inaugurou com o advento da Convenção Internacional dos

Direitos da Criança. Dessa última etapa, afirmada no Brasil com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, ratificando os termos insertos no artigo 227 da Constituição Federal, surge um modelo de responsabilidade penal juvenil, ou seja, o direito infracional (MENESES, 2008, p. 91).

O direito infracional pune a prática de ato infracional, isto é, a conduta descrita na lei penal como crime ou contravenção. Para cada ato típico e ilícito previsto na lei penal praticado pelo adolescente deverá ser aplicada uma medida socioeducativa que pode ser cumulada com medidas protetivas (MENESES, 2008, p. 91)

Assim, as medidas socioeducativas se fazem aplicáveis apenas a adolescentes autores de ato infracional, apurada sua responsabilidade após o devido processo legal (SARAIVA, 2002, p. 28)⁹. Atualmente, não mais terá apreciação exclusiva do juiz para aplicação das medidas socioeducativas, mas haverá intervenção obrigatória do Ministério Público e do advogado, além da participação de uma equipe interdisciplinar, que colaborarão para a indicação da melhor resposta legal para o ato (MENESES, 2008, p. 91).

⁹ A normatização nacional dispõe modelos diferenciados, eis que a criança em conflito com a lei está sujeita às medidas de proteção, enquanto que o adolescente está sujeito à responsabilização penal especial, via medida socioeducativa, como resposta ao ato infracional praticado, após regular processo, em que serão observadas as garantias processuais e os direitos individuais, tais como, ampla defesa técnica, igualdade na relação processual (SAUERBRONN, 2014, p. 329).

As medidas socioeducativas possuem significado sancionador e educativo. O caráter sancionatório dá-se em resposta ao ato infracional praticado pelo adolescente, sem se afastar das garantias materiais e processuais atribuídas pela nova ordem constitucional, respeitando os adolescentes enquanto sujeitos de direitos (MENESES, 2008, p. 84). O conteúdo educativo permeia o espaço de convivência, no sentido de aprender a conviver, a viver junto (MENESES, 2008, p. 86).

Neste diapasão, não há como o adolescente compreender a finalidade de uma medida educativa somente por ter praticado ato em conflito com a lei. Se recebê-la sem o esclarecimento de ser ela parte de um processo de regra de convivência e respeito, acolher-la-á como punição, “pagando-a”, o que possibilitará outras semelhantes condutas, pois nada mais deve (MENESES, 2008, p. 85). Se somente a natureza jurídica importar ao sistema de justiça, a pena não educa e a medida não tem nenhuma finalidade educativa (MENESES, 2008, p. 86).

Deste modo, importa notar que, diferentemente da legislação penal — que apresenta para cada conduta delitiva uma pena com finalidade essencialmente retributiva e ressocializadora —, o Estatuto da Criança e do Adolescente, na seara da responsabilização penal juvenil, dispõe que as medidas socioeducativas e protetivas catalogadas nos artigos 112 e 101, respectivamente, devem indicar maior carga reeducativa, dada à condição peculiar em que se encontra uma pessoa em desenvolvimento, como o menor de 18 anos.

Para que ocorra a aplicação da medida, é necessário fazer um exame de procedência, individualizando a conduta do adolescente, verificando-se os seguintes critérios legais:

a) objetivos - dizem respeito à aplicação da medida socioeducativa de internação, a teor das hipóteses descritas nos incisos I e II do art. 122 do ECA¹⁰, vale dizer, quando tratar-se de ato infracional com uso de violência ou grave ameaça à pessoa ou quando cuidar-se de reiteração na prática de atos infracionais graves. Salienta-se que o inciso III, do mesmo dispositivo, versa sobre o incidente de execução da medida socioeducativa – internação sanção - e não sobre critério para a escolha da medida socioeducativa de internação;

b) subjetivos - dizem respeito à capacidade de o adolescente cumprir a medida; às circunstâncias do ato infracional; à gravidade do ato infracional e às necessidades pedagógicas, conforme determinam o artigo 112, §1º¹¹, c/c os artigos 113¹² e 100¹³ da Lei Especial.

¹⁰ Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves.

¹¹ Art. 112, § 1º, do ECA: a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

¹² Art. 113 do ECA: aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

¹³ Art. 100 do ECA: na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Diante do exposto, alguns critérios devem ser observados, como o contexto em que surgiu a conduta infracional, a extensão do dano, o modo de agir do adolescente, entre outros, como os previstos no artigo 59 do Código Penal para os maiores imputáveis. Com isso, o tempo de permanência em determinada medida ficará a critério do sistema de justiça (MENESES, 2008, p. 92).

2.2.2 Espécies de medidas socioeducativas

Disciplinou o Estatuto da Criança e do Adolescente sobre a existência das seguintes medidas socioeducativas: advertência, reparação de dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação. Excetuadas as duas últimas, que privam o adolescente de liberdade, as demais medidas têm enfoque de cumprimento aberto, dando ênfase à prestação de serviços à comunidade e à liberdade assistida, com natureza sancionadora e fins educativos (MENESES, 2008, p. 92).

A advertência é disciplinada no art. 115 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”.

Obviamente que a advertência está vinculada a atos infracionais leves. Como resposta estatal, a advertência estaria caracterizando apenas um próximo passo depois do perdão, concedido por meio da remissão. Adverte-se o adolescente de que o ato não está de acordo com a norma e que sua reincidência poderá implicar sanções. Então, a sanção está no ato de autoridade,

de poder. Como antigamente eram as advertências familiares (MENESES, 2008, p. 100).

A reparação do dano está prevista no art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual “em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima”.

Consoante o art. 117 do ECA, a prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Uma questão que se põe à reflexão, embora não seja objeto exclusivo de estudo do presente artigo, é a análise da preocupação do sistema de justiça acerca das condições e das aptidões pessoais do adolescente para o exercício de determinado trabalho educativo. Ao ajustar ou aplicar uma medida de prestação de serviços à comunidade, estaria o sistema (juízes, promotores) atento às aptidões do adolescente, ou as determinações de horas e locais de desenvolvimento das tarefas ficariam meramente atreladas a uma disponibilidade de vagas em instituições, secretarias municipais ou clube de serviço? (MENESES, 2008, p. 104). Esse tema merece apreciação na esteira do que se defende quanto ao agir responsabilmente na diretriz do que dita a proteção integral.

A liberdade assistida, por sua vez, será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada a acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente, conforme art. 118 do ECA. Tal medida vem sendo mais utilizada pelo sistema de justiça, talvez por ter esboçado ser a melhor medida para recuperação de adolescentes, sobretudo se eles puderem permanecer com a própria família (MENESES, 2008, p. 105).

A internação tem caráter de excepcionalidade (ou pelo menos deveria ter) e de brevidade. O critério excepcional já havia sido tratado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança e foi acolhido pelo Estatuto, tal como foram as regras mínimas das nações unidas para os jovens privados de liberdade e as regras de Beijing. Também a característica da brevidade da internação foi reconhecida. Além disso, a possibilidade de aplicação preferencial de outra medida, de meio aberto, é obstáculo à internação (MENESES, 2008, p. 95).

Além da brevidade e da excepcionalidade, dois outros critérios devem ser analisados para a aplicação de tal medida: um que se relacione à gravidade objetiva do ato, que se vincula às suas consequências; e outro que verifique se a medida contemplará uma finalidade pedagógica no enfoque que venho abordando no tema: pedagogia como construção individual e social do sujeito (MENESES, 2008, p. 96).

Como bem sintetizou Saraiva (2002, p. 23), o que distingue fundamentalmente a medida socioeducativa de internação da pena imposta ao adulto é que enquanto esta é cumprida no sistema

penitenciário, que nada mais faz do que encarcerar, misturando criminosos de toda espécie e graus de comprometimento, aquela há de ser cumprida em um estabelecimento próprio para adolescentes infratores, que se proponha a oferecer educação escolar, profissionalização, seguindo uma proposta de atendimento pedagógico e psicoterápico adequada à condição de pessoas em desenvolvimento intrínseca ao adolescente. A medida socioeducativa de internação deve ter, portanto, natureza sancionatória, porém com conteúdo prevalentemente pedagógico.

Nas lições de Ramidoff (2008, p. 23), a aplicação de medidas socioeducativas deve se realizar de forma diferenciada, a partir das conquistas dos direitos humanos e na vertente garantista da dogmática jurídico-penal, enquanto crítica interna ao próprio Direito Penal que, assim, pretende legitimar uma intervenção estatal muito mais repressiva-punitiva. Na visão do autor, a privação de liberdade não pode se afigurar como a única medida possível para a resolução do caso concreto, pois o sistema socioeducativo, no mais das vezes, sequer oferece condições de possibilidade de reeducação e ressocialização ao jovem, exatamente como no caso em questão. Nesse contexto, o Ministério Público deve promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes de forma justa e com responsabilidade moral, evitando a aplicação de medidas desmedidas e observando a excepcionalidade das medidas mais severas.

3 Responsabilidade moral

Neste item, considera-se a responsabilidade moral enquanto virtude e busca-se relacioná-la com a aplicação da proteção integral no âmbito do agir ministerial no controle da responsabilização pela prática do ato infracional do adolescente e na escolha da medida socioeducativa. Nesse sentido, importa notar que as pessoas moralmente responsáveis agem segundo princípios; agem de acordo com e não apesar de suas próprias convicções (DWORKIN, 2011, p. 111).

Para Dworkin (2011, p. 108), a epistemologia moral – a expiação do bom raciocínio sobre questões morais – deve ser uma epistemologia integrada e não arquimediana. Por isso, deve ser, em si mesma, uma teoria moral, substantivo de primeira ordem. Segundo esse autor, somos culpados por uma espécie de circularidade. Só podemos testar o rigor das convicções morais de alguém por meio de outras convicções morais. Se lidarmos com uma pessoa que tenha opiniões morais radicalmente diferentes das nossas, não podemos esperar encontrar alguma coisa no conjunto de razões (DWORKIN, 2011, p. 108). Por isso, o Ministério Público, o Judiciário, a Defensoria Pública e todos os atores jurídicos na área da infância e juventude precisam absorver a ideia de que o sistema de responsabilização dos adolescentes em conflito com a lei foi modificado, sendo certa a vigência do princípio da proteção integral.

Como garantir ao adolescente que os objetivos da medida que receberá serão plenamente encontrados (sejam retributivos,

ressocializadores ou com finalidades educativas), se não houver identificação dos motivos que o levaram ao ato infracional? E a importância dos motivos talvez não seja encontrada nas ciências jurídicas, devendo buscar auxílio em áreas como sociologia, antropologia, psicologia, psicanálise, já que o ato infracional também poderá estar relacionado com o superego, que exige uma punição interna (MENESES, 2008, p. 87). Acredita-se que a categoria da responsabilidade moral permite conferir maior racionalidade ao agir do Ministério Público no controle da aplicação de medida socioeducativa a adolescentes, na esteira do espírito da proteção integral.

3.1 Como não ser responsável

Para Dworkin (2011, p. 112-113), existem modos pelos quais alguém não age, segundo os princípios que professa, a saber:

- a) insinceridade grosseira: ex.: líder que leva país à guerra fingindo seguir princípios que não tem;
- b) racionalização: comportamento determinado por interesse próprio. Uma pessoa pode afirmar seguir fielmente princípios morais de grande distração, mas recorrer ao interesse próprio ou a outra influência paralela para decidir conforme esses princípios abstratos na explicação do seu comportamento;
- c) esquizofrenia moral: comportamento baseado em dois princípios contraditórios no qual sucumbe aquele que lhe chega ao espírito no momento, mesmo quando é contra

os seus interesses e as suas inclinações mais estáveis. É moralmente irresponsável: o seu comportamento não é imparcial, mas antes arbitrário e caprichoso;

- d) compartimentação moral: contradição mais sutil. Temos convicção sobre várias coisas e elas podem ser sinceras e efetivas. Podemos agir segundo essas convicções nas ocasiões em que cada uma é relevante. No entanto, quando recusamos, percebemos que a coerência das nossas convicções é apenas local, que os principais ou ideais que regem um comportamento estão em conflito, ou dissociados dos que agem outro compartimento. O nível de conflito potencial depende dos graus estritos só os nossos compartimentos. Virtudes pessoais e políticos.

Nesse contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente inaugurou um novo modelo de responsabilização penal do adolescente, promovendo ruptura substancial no plano teórico-normativo em relação àquele que sustentava o paradigma da situação irregular, demonstrando que é possível e adequado superar a visão pseudo-progressista e compassiva de um paternalismo ingênuo da etapa tutelar, bem como a visão arcaica de um retribucionismo de mero caráter repressivo. O atual modelo é caracterizado pelas garantias individuais (BELOFF, 1999, p. 34).

Porém, na prática, o que se presencia é a utilização concomitante dos paradigmas da proteção integral e da situação irregular, isto é, uma coexistência de princípios antagônicos.

Deve-se evitar que os atores jurídicos, especialmente o Ministério Público e os julgadores, entrem em choque no momento de decidir, ou seja, que professem a proteção integral, mas argumentem seu modo de agir nas bases da situação irregular. A sensação é a de que o sentimento arraigado da situação irregular ainda predomina, em que pese o sistema de justiça brasileiro adotar atualmente a proteção integral. A solução, que minimizaria o problema, é o Ministério Público utilizar filtros que afastem a história pessoal de cada um e também os preceitos do antigo paradigma, na intenção de alcançar a proteção integral na responsabilização de adolescentes.

3.2 Filtros

A responsabilidade moral exige que tentemos fazer das nossas convicções refletidas o filtro mais denso e eficiente possível e, desse modo, apelar, com a maior força possível, a uma convicção na matriz casual mais geral da nossa história pessoal como um todo. Isso requer que procuremos coerência entre as nossas convicções e a autenticidade delas; temos de arranjar convicções que segurem de maneira suficientemente forte para desempenharem o papel de filtros quando somos pressionados por motivações rivais que decorrem também das nossas histórias pessoais. As nossas convicções são inicialmente informes, compartimentadas, abstratas e, por isso, porosas, motivo pelo qual necessitam de filtros.

A responsabilidade exige que interpretemos criticamente as convicções que parecem inicialmente mais apelativas ou naturais – exige que procuremos compreensões e especificações dessas convicções inicialmente apelativas, tendo em mente dois objetivos: a integridade e a autenticidade (DWORKIN, 2011, p. 115).

As convicções pouco sinceras e a racionalizações não são convicções efetivas e, por isso, não tem lugar nesse filtro; mas as convicções abstratas, contraditórias e compartimentadas são afetivas e cabem nesse filtro. Assinamos que a história pessoal explica quais são as confecções afetivas que fazem parte desse filtro.

A responsabilidade moral exige que essas influências passem pelo filtro das convicções efetivas de modo a serem cortadas e configuradas por essas convicções (DWORKIN, 2011, p. 115-116).

A interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade eminentemente intelectual que tem por finalidade precípua tornar possível a aplicação de enunciados normativos, abstratos e gerais a situações da vida, particulares e concretos (COELHO, 1997, p. 36). Nesse particular, não se pode afastar a responsabilidade do Ministério Público de exercer o controle do intérprete-aplicador da lei. No campo do Direito da Criança e do Adolescente, o MP tem o dever de ponderar a medida socioeducativa mais adequada a cada adolescente, levando em consideração o sistema legal, marcado pela discricionariedade regrada, que ao mesmo tempo em que

reprima a prática de atos infracionais e previna novas ocorrências, particularmente em cada caso levado à sua apreciação, afastando-se de fatores pessoais no processo construtivo da norma, valorize critérios metodológicos que auxiliem na interpretação das normas, diminuindo voluntarismos e arbitrariedades.

3.3 Responsabilidade moral do Ministério Público na tutela dos direitos infantojuvenis

A Constituição Federal fixa que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Pode-se afirmar que as atribuições genéricas do Ministério Público foram redesenhadas pela Constituição Federal de 1988, deixando ele de ser órgão do Executivo para se tornar uma instituição autônoma, em um capítulo próprio denominado Funções Essenciais à Justiça¹⁴. Nesse sentido, o Ministério Público passou a atuar não apenas como titular da ação penal, mas também como defensor dos interesses coletivos e individuais indisponíveis, por meio da Ação Civil Pública e da instauração de inquéritos civis públicos para apurar violações a direitos¹⁵. Assim, o sistema jurídico

¹⁴ Art. 127, caput, da CF/88: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

¹⁵ Art. 129, inciso III, da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...] II - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção

reservou ao Ministério Público o papel de protagonista na defesa dos direitos transindividuais, podendo atuar em todos os feitos judiciais nos quais esses direitos sejam objeto de discussão, que os tenha tentado ou não, franqueando uma série de poderes e instrumentos de atuação extrajudicial que permitam a garantia desses direitos (RODRIGUES, 2006, p. 107).

Da leitura do art. 227, *caput*¹⁶, da Constituição Federal, é possível concluir que os direitos das crianças e dos adolescentes são indisponíveis, e que a efetivação deles deverá ocorrer com prioridade absoluta, sendo o Ministério Público um dos legitimados ativos na defesa desses direitos (MAZZILLI, 2013, p. 737-738).

Destaca-se, ainda, que é imprescindível a atuação do Ministério Público nos processos e procedimentos em tramitação que digam respeito à criança e ao adolescente e a falta de sua intervenção, nos termos do art. 204 do ECA¹⁷, acarreta a nulidade do feito (ELIAS, 2008, p. 234).

do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

¹⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

¹⁷ Art. 204 do ECA: a falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

Dessa forma, dentre as funções ministeriais constitucionais, ressalta-se o dever de zelar pelo efetivo respeito aos poderes públicos e aos serviços de relevância pública aos direitos previstos no texto constitucional, notadamente os direitos fundamentais da criança e do adolescente, promovendo e acompanhando os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes, com a adoção das medidas extrajudiciais e judiciais necessárias à efetivação de seus direitos, a teor, por exemplo, das competências constantes no art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *verbis*:

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

- I - conceder a remissão como forma de exclusão do processo;
- II - promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes;
- III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude;
- IV - promover, de ofício ou por solicitação dos interessados, a especialização e a inscrição de hipoteca legal e a prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes nas hipóteses do art. 98;
- V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal;
- VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:
 - a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas;

VII - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude;

VIII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;

IX - impetrar mandado de segurança, de injunção e habeas corpus, em qualquer juízo, instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente;

X - representar ao juízo visando à aplicação de penalidade por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível;

XI - inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas;

XII - requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados, para o desempenho de suas atribuições.

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações cíveis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem a Constituição e esta Lei.

§ 2º As atribuições constantes deste artigo não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade do Ministério Público.

§ 3º O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a todo local onde se encontre criança ou adolescente.

§ 4º O representante do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, nas hipóteses legais de sigilo.

§ 5º Para o exercício da atribuição de que trata o inciso VIII deste artigo, poderá o representante do Ministério Público:

- a) reduzir a termo as declarações do reclamante, instaurando o competente procedimento, sob sua presidência;
- b) entender-se diretamente com a pessoa ou autoridade reclamada, em dia, local e horário previamente notificados ou acertados;
- c) efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação (BRASIL, 1990).

Assim, fortalecido pelo texto constitucional, o legislador estabeleceu diversas atuações do *Parquet*, judiciais e extrajudiciais, visando à garantia dos direitos da criança e do adolescente, o que implica um agir com responsabilidade moral.

Dworkin (2011) deixa claro que o objetivo da responsabilidade é impossível de ser totalmente abraçado, mesmo que decidíssemos conscientemente alcançar esse objetivo. Porém, essa responsabilidade pode e deve ser utilizada no processo interpretativo e na aplicação da medida socioeducativa para nos aproximarmos da proteção integral conferida às crianças e aos adolescentes, principalmente no caso de ser excepcionalizada a medida restritiva de liberdade, de serem observados os critérios objetivos e subjetivos da individualização de suas condutas.

Segundo Dworkin (2011), não podemos construir um filtro de convicções denso, pormenorizado, entrelaçado e totalmente coerente imolado à volta da nossa vontade que seja eficiente, sem exceções e que nos dê um brilho constante de adequação. Esse seria o resultado alcançado pelo homem de perfeita boa vontade,

de Kant, e ninguém é assim tão inteligente, imaginativo e bom. Assim, temos que tratar a responsabilidade moral como um trabalho sempre em progresso: uma pessoa é responsável se aceitar a integridade moral e a autenticidade como ideias apropriadas e empreender um esforço razoável para alcançá-las. Em princípio, tem de ser um esforço individual. A interpretação moral, tal como muitas coisas de grande importância, é uma questão de formação social e de divisão do trabalho (DWORKIN, 2011, p. 117).

Por outro lado, a comunidade e a civilidade requerem um alto nível de tolerância: não podemos tratar todos os que discordam de nós como criminosos morais. Temos de respeitar as opiniões contrárias daqueles que aceitam a importância igual de todas as vidas humanas, mas que discordam de nós, em boa-fé, sobre o que isso significa na prática (DWORKIN, 2011, p. 120). A questão, *in casu*, seria maior do que respeitar opiniões contrárias, mas afastar aquelas que são respaldadas em paradigma superado.

A responsabilidade moral nunca é completa: estamos constantemente a reinterpretar os nossos conceitos quando os utilizamos. Temos de aplicá-los diariamente (DWORKIN, 2011, p. 127). Na verdade, o aplicador da lei deverá analisar cada caso concreto de forma única, levando em consideração as circunstâncias dos fatos e as condições pessoais do réu, sem se olvidar de motivar com consistência e coerência as suas decisões e de interpretar as normas de forma equânime (VALENTE, 2014, p. 487).

Do mesmo modo, cabe ao Ministério Público procurar refazer o caminho do legislador ou reconstruir mentalmente a nomogênese jurídica como procedimento para compreensão dos modelos jurídicos que deve aplicar (COELHO, 1997, p. 44), não permitindo excessos e descompasso com o princípio da proteção integral.

A crise de interpretação decorre do ranço menorista ainda presente no raciocínio hermenêutico não só dos atores jurídicos, como magistrados, membros do Ministério Público e Defensoria Pública, senão também dos integrantes da rede de atendimento socioeducativo (BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 147).

Nesse passo, se houve uma evolução histórica que introduziu outro modelo no âmbito nacional, o da proteção integral, o Ministério Público deve se esforçar com responsabilidade, exprimindo preocupação igual por todos, e promover a vivência em comunidade com fundamento no respeito moral (DWORKIN, 2011, p. 121).

4 Considerações finais

O tema do presente artigo interessa-se pela compreensão das formas de agir e de controle, principalmente do Ministério Público, das condutas desviadas no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente, questionando a própria maneira de agir, assim como a de atuar, dos julgadores na ocasião da individualização da medida socioeducativa, na perspectiva dos discursos paradigmáticos que envolvem esse direito, associado à

historicidade que possibilita a compreensão desse agir, indicando a responsabilidade moral como ponto de partida para alcance da proteção integral.

A história nacional experimentou, em consonância com o Direito Internacional, uma evolução dos instrumentos normativos que regram o direito da criança e do adolescente, no sentido de deixar de considerá-los como objetos de proteção jurídica para alcançar o patamar de sujeitos de direitos, cujas garantias estão asseguradas na Constituição Federal, na Lei Especial (Lei n.º 8.069/90) e nos instrumentos normativos internacionais, com destaque na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989.

Não obstante, a nova sistemática que envolve os direitos das crianças e dos adolescentes, há uma contradição no agir do sistema de justiça quando se escolhe a medida socioeducativa no caso concreto. O que deveria ser exceção, como é o caso da semiliberdade e da internação, tornou-se conduta jurídica cotidiana, e os direitos fundamentais dos adolescentes são violados diariamente.

A saída para a aplicação das garantias da proteção integral, conferindo maior racionalidade ao agir ministerial (que propõe as ações socioeducativas) e às decisões judiciais (que aplicam as medidas socioeducativas), é a utilização de uma interpretação orientada pela responsabilidade moral, de modo que o Ministério Público, por meio de filtros, indique a

melhor medida socioeducativa para o caso concreto, respeitada a excepcionalidade das medidas restritivas de liberdade.

Title: The moral responsibility of prosecutors in upholding the fundamental right to individualization of illegal acts of adolescents in conflict with the law

Abstract: Pursuant to the perspective of full protection, fruit of the historical evolution of children and adolescents' rights, we defined this category as subject of rights. Among such rights possessed by children and adolescents, there are fundamental ones, which are protected by international documents, the Constitution and the Statute of Children and Adolescents. The protection even includes the right to a distinct accountability. In this sense, the Public Prosecutor's Office - as an institution protective of the legal order, the democratic regime and the social and individual interests - must act in defense of the adolescents' fundamental rights. An especial attention is paid to that regarding the promotion and monitoring of procedures relating to infringements attributed to adolescents, both in the choice and in the enforcement of educational measures by the Judiciary. In this line, the problem raised is as follows: How the Public Prosecutor's Office will proceed to consolidate the guarantee of the fundamental rights of adolescents in conflict with the law, especially to effect the fundamental right to individuality and exceptionality of the social and educational measure of hospitalization, attaining the perspective of full protection and taking into consideration that you are dealing with beings under development. The hypothesis is that the Public Prosecutor's Office action can, grounded on the moral responsibility and aligned with the principles involving full protection, contribute to defend the unalienable individual and collective rights of such adolescents.

Keywords: Full protection. Social and educational measures. Moral responsibility.

Referências

- BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. *Direito da criança e do adolescente: proteção, punição e garantismo com análise da lei que regulamenta o SINASE*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BELOFF, Mary. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina. In: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary. *Infancia, ley y democracia en América Latina: análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989-1999)*. 2. ed. aum. y actual. Bogotá: Temis-Depalma, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2004. 212 p.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 out. 1988.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Cartilha*. 1. ed. Brasília, DF, 2010.

BRASIL. *Vade mecum acadêmico de direito Rideel*. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENESES, Elcio Resmini. *Medidas socioeducativas: uma reflexão jurídico-pedagógica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. A Convenção e o Estatuto: um ideal comum de proteção ao ser humano em vias de desenvolvimento. In: _____ (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SARAIVA, João Batista da Costa. *Direito penal juvenil: adolescente autor de ato infracional: garantias processuais e medida socioeducativas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SAUERBRONN, Selma. *Políticas públicas e a proteção integral à criança e ao adolescente, com enfoque no Distrito Federal*. Brasília: Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento, 2011.

SAUERBRONN, Selma. *Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal*. 2014. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) -

Instituto de Pesquisa e Pós-graduação, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014.

VALENTE, Ana Cláudia de Souza. A hermenêutica na aplicação da pena e a eficácia social das normas penais. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 483-529, 2014.

VERONESE, Josiane Petry; COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Violência doméstica quando a vítima é criança ou adolescente*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

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

VALENTE, Ana Cláudia de Souza. A responsabilidade moral do Ministério Público na individualização dos atos infracionais dos adolescentes em conflito com a lei. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 151-192, 2016. Anual.

Submissão: 17/6/2016

Aceite: 28/9/2016

Estigmatização do transtorno mental: os portadores de sofrimento psíquico no sistema penal brasileiro

Gabriele Vendruscolo Braga

Advogada. Pós-Graduação: Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, do Centro Universitário de Brasília.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo mostrar o tratamento penal oferecido aos doentes mentais, analisando a aplicação das medidas de segurança. Mediante levantamento bibliográfico e teórico, mostrou-se como o sistema penal brasileiro ainda se baseia em um modelo manicomial para os crimes cometidos por doentes mentais, ignorando os avanços da psiquiatria, principalmente a Lei da Reforma Psiquiátrica. É um modelo espelhado na segregação, fruto do descaso e do repúdio da sociedade aos doentes mentais e muito mais gravoso do que a punição dos demais delinquentes. Além disso, o artigo busca mostrar novos métodos mais eficientes e humanizados no tratamento desses indivíduos, que já estão sendo aplicados, com grande sucesso, em algumas cidades no Brasil. Por meio dos novos modelos, podemos evoluir aplicando-os em todo o país e assim caminhar em direção a uma sociedade mais humanizada e democrática.

Palavras-chave: Estigmatização. Saúde mental. Criminologia. Segregação. Lei da Reforma Psiquiátrica. Princípio da Dignidade Humana.

Sumário: Introdução. 1 A loucura. 1.1 Breve história da loucura. 1.2 A segregação dos loucos no Brasil. 2 A criminologia e as medidas de segurança. 2.1 Escola positiva e o surgimento das medidas de segurança. 2.2 Criminologia da reação social e a criminologia crítica. 2.3 A população que vive nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico. 2.4 As medidas de segurança no direito penal brasileiro. 2.4.1 Conceito e pressupostos das medidas de segurança. 2.4.2 Igualdade na aplicação das medidas de segurança em relação às penas. 2.4.3 Espécies das medidas de segurança e a violação à individualização da sanção penal.

2.4.4 Críticas aos prazos mínimos e à indeterminação do prazo máximo na medida de segurança. 3 Os novos paradigmas aos pacientes judiciários. 3.1 A Reforma psiquiátrica. 3.2 Os novos modelos de programa e sua devida expansão para todo o Brasil. 3.3 Crítica ao atual modelo de tratamento oferecido aos infratores portadores de transtorno mental. 4 Conclusões. Referências.

Introdução

Este artigo pretende mostrar o tratamento penal oferecido aos criminosos portadores de sofrimento psíquico, analisando o modelo das medidas de segurança adotado no Brasil. A justiça criminal continua distante dos novos paradigmas da Reforma Psiquiátrica, e ainda é baseada por um sistema manicomial e segregacionista.

Aos infratores portadores de transtorno mental são aplicadas medidas de segurança, cumpridas em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs) ou em Alas de Tratamento Psiquiátrico (ATPs) localizadas em presídios ou penitenciárias. As medidas de segurança podem ser de restrição de liberdade (internação) ou não (tratamento ambulatorial) e possuem como objetivo o tratamento terapêutico.

Porém, as medidas de segurança são injustificadamente mais prejudiciais se comparadas às sanções dos delinquentes que não são portadores de sofrimento psíquico. Essas desproporções geram graves violações aos princípios e às garantias constitucionais no âmbito do sistema penal, principalmente quanto ao desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Os tratamentos oferecidos pela justiça criminal tiram o caráter humano dos criminosos portadores de sofrimento psíquico e não cumprem com o seu dever de tratamento.

Há uma clara estigmatização do transtorno mental, infelizmente vivenciada em nossa sociedade por vários séculos. Apesar de ser uma sociedade em constante evolução, muitas vezes acaba sendo primitiva ao legitimar práticas desumanas entre as pessoas, ocasionando relações de poder e subordinação.

A Lei da Reforma Psiquiátrica alterou os paradigmas de tratamento e concedeu diversas garantias individuais aos portadores de doença mental. Entretanto, o nosso sistema penal ainda não acompanhou esta evolução e continua amparado em um modelo manicomial, apoiado pela antiga psiquiatria.

É a estigmatização do transtorno mental como se ele fosse violento por si só e merecesse uma dupla punição: a condenação do fato criminoso e a condenação do transtorno mental.

Na pesquisa será feita inicialmente uma análise sobre a história da loucura e a segregação dos loucos no Brasil. Depois mostrar-se-ão a evolução da criminologia e o abandono da criminologia positivista em prol das novas tendências. Dentro dessa lógica, será estudado o problema da reação social e da estigmatização dos infratores portadores de transtorno mental.

Após o estudo da evolução da criminologia, será feita uma crítica ao modelo da medida de segurança adotada no Brasil e a como as leis penais e processuais penais privam esses indivíduos de

diversas garantias individuais, dando um tratamento diferenciado se comparado aos infratores sem transtorno mental.

No presente trabalho, será utilizado o método da pesquisa bibliográfica. Será feita uma abordagem dedutiva, utilizando como fonte de consulta livros, documentários e julgados da jurisprudência.

Por meio do método histórico, o trabalho irá mostrar a evolução na luta contra a desumanização dos doentes mentais, a criação de novos métodos da moderna psiquiatria, a evolução do Movimento Antimanicominal e o Projeto de Lei da Reforma Psiquiátrica nº 3.657/89, que originou na Lei nº 10.216/01.

Isso tudo será comparado com as normas atrasadas e inadequadas do Código Penal (CP) que tratam sobre medida de segurança, e com as da Lei de Execução Penal (LEP), que ainda sofrem influência de um modelo manicomial.

Este é um tema que deve ser estudado mais pelos profissionais de diversas áreas e universidades, para que os tratamentos oferecidos nas medidas de segurança evoluam. Mesmo com as mudanças nas políticas públicas em saúde mental, como a Lei Antimanicominal, a participação da comunidade acadêmica ainda é muito limitada

Somos criados e moldados de acordo com o tempo em que vivemos, mas jamais podemos encarar os tratamentos desumanos como algo normal, passível de aceitação.

1 A loucura

1.1 Breve história da loucura

A loucura é considerada uma doença mental, é a ruptura com a realidade. Porém, no passado, era considerada uma *possessão demoníaca*. Como ninguém queria ficar perto de um possuído pelo demônio, aqueles que sofriam desse mal eram escorraçados para fora dos muros das cidades ou embarcados para ilhas bem distantes e lá abandonados (TODO..., 2014).

Essa ideia ocorreu até 1.563, século XVI, quando um polonês chamado Johann Weyer, autor do livro *Da ilusão dos demônios*, disse que a loucura não era feitiçaria. A partir dessa nova concepção, começaram a trancafiar os doentes mentais em casas de internamento junto com prostitutas, doentes venéreos, criminosos e demais indesejados (TODO..., 2014).

Ao final da Idade Média, a lepra desaparece do mundo. Porém, foi nos antigos leprosários que foram estabelecidas as casas de internamento, dando continuidade ao jogo de exclusão, mas agora colocando os doentes mentais junto a loucos, pobres, vagabundos e presidiários (FOUCAULT, 2014, p. 1-6).

No século XVII, a loucura estava ligada a esses internamentos, porém neles não havia preocupação com a cura, mas sim uma ideia de condenação ética, já que perturbavam a ordem do espaço social (FOUCAULT, 2014, p. 48 e 63). O internamento foi uma das respostas dadas à crise econômica ocidental. Serviu para isolar os desempregados,

os vagabundos, protegendo a cidade de agitações e revoltas (FOUCAULT, 2014, p. 66-67).

Nesse momento, a loucura passou a ser percebida no horizonte social da pobreza, da incapacidade para o trabalho, dos problemas da cidade. O internamento seria a eliminação espontânea dos “a-sociais” (FOUCAULT, 2014, p. 78-79). Depois de um tempo, o pobre é reintroduzido na sociedade, sem mais necessitar do encarceramento, mas o louco não.

Essa concepção foi mudada nos séculos XVIII e XIX na revolução francesa, quando Philippe Pinel introduziu a função médica no hospício de Bicêtre, em Paris, de onde libertou 80 alienados mentais. Ele foi o responsável por separar os doentes mentais das demais figuras. Porém, os tratamentos desumanos ainda continuaram (TODO..., 2014).

Faziam uso de choques sensoriais, havia um tratamento que utilizava água e, além disso, usavam o *gyrater*, inventado em 1805 por Benjamin Rush. Nesse “aparelho”, doente mental ficava amarrado em uma cadeira que era presa no teto por uma corda, podendo ser girada e, assim, provocar convulsões, visando “reiniciar” as ideias (TODO..., 2014).

O internamento foi assumindo, aos poucos, um valor terapêutico, tornando-se um asilo com caráter médico. Houve a eliminação do internamento que confundia a loucura com as outras formas de desatino. Assim, a loucura ganhou estatuto singular, sendo integrada ao campo da Medicina (FOUCAULT, 2014, p. 433-546).

Com as mudanças no mundo contemporâneo, as formas de tratamento foram sendo transformadas, porém ainda há dificuldade na aplicação de tratamentos eficientes. A partir de 1950, houve uma proliferação no uso de psicofármacos, após o desenvolvimento dos primeiros antipsicóticos e antidepressivos, como a Clorpromazina (TODO..., 2014).

Goffman utiliza o termo “instituições totais” para designar estabelecimentos que possuem barreiras a relações sociais com o mundo externo. Para o autor, há cinco agrupamentos. O primeiro seriam as instituições que cuidam de pessoas incapazes e inofensivas, como casas para cegos, velhos, órfãos e indigentes. O segundo seriam os locais que cuidam de pessoas incapazes, mas que, mesmo sem intenção, são uma ameaça à sociedade, como os sanatórios, hospícios e leprosários. O terceiro tipo serve para proteger a sociedade dos perigosos intencionais, como os campos de prisioneiros de guerra, campos de concentração, cadeias. Em quarto lugar, há os que estabelecem algum tipo de trabalho, como quartéis, navios, escolas internas, colônias. E, finalmente, há os destinados a servir de refúgio do mundo, servindo muitas vezes de instrução para religiosos, como abadias, mosteiros e conventos (GOFFMAN, 2015, p. 17).

O fator básico das instituições totais é o controle de muitas necessidades humanas por meio da organização burocrática de grupos de pessoas. No internamento dentro dos hospícios, o novato começa a modificar o seu eu, e a primeira mutilação do eu é a própria barreira que existe entre o mundo externo e

o mundo institucional. Há deformação e desfiguração pessoal, decorrentes das deteriorações diretas ao corpo, das mutilações. Além disso, a imagem que o doente mental apresenta de si é desfeita por meio de situações humilhantes, como as frequentes submissões aos superiores, a carência de roupa, os exames que desrespeitam o seu íntimo, a ausência de intimidade, pois ele é vigiado toda hora, tendo, por exemplo, as cartas pessoais violadas (GOFFMAN, 2015, p. 30-35).

Mesmo com o internamento mudando de figura para ser um lugar de cura, há dificuldade no emprego de métodos eficazes. As incapacidades físicas das pessoas são consideradas como indícios de que o tratamento, mesmo sendo desagradável e limitador, é necessário. O simples fato de o internado ser aceito no hospício é sinal de que precisa estar naquele ambiente (GOFFMAN, 2015, p. 311).

Para sair dos hospitais, os doentes metais precisam demonstrar que aceitam aquele lugar e, assim, apoiar os profissionais que ali trabalham. Estes indivíduos acabam sendo “esmagados pelo peso de um ideal de serviço que torna a vida mais fácil para todos nós.” (GOFFMAN, 2015, p. 312).

1.2 A segregação dos loucos no Brasil

No Brasil do século XVI, a loucura fazia parte do convívio social até o início do século XIX, quando começaram a reconhecer a perturbação da ordem social. Com isso, os doentes mentais foram sendo isolados nos porões das Santas Casas de

Misericórdia e nas prisões públicas. Como o problema não estava sendo resolvido, os médicos começaram a reivindicar a criação de hospícios. Assim, em 1841, criou-se o Hospício de Pedro II, inspirado no modelo de Pinel (BATISTA, 2014, p. 391-404).

Mesmo com essas novas ideias trazidas da Europa, o Brasil foi marcado por um descaso aos doentes mentais ainda no início do século XX. Predominava a teoria eugenista, que sustentava a ideia de limpeza social. Estima-se que 70% dos internados não sofriam de doença mental, eram apenas diferentes ou perturbavam a ordem pública, como homossexuais, drogados, pobres, negros, filhas menores que perderam a virgindade antes do casamento e todos os tipos de indesejados (ARBEX, 2013, p. 25-26).

Os “deserdados sociais”, ao chegarem aos hospícios da rede pública, perdiam a sua liberdade e dignidade humana. Eles eram tratados não como sujeitos, mas como coisas. Ocorriam as mais diversas barbarias, como o esgoto ser a fonte de água, dias sem comer e beber, ausência de vestimentas no local. Por isso, alguns bebiam a própria urina, comiam ratos, eram espancados, andavam nus (ARBEX, 2013, p. 14-27).

O italiano Franco Basaglia foi o grande inspirador na luta antimanicomial no nosso país e influenciou o deputado Paulo Delgado a apresentar o Projeto de Lei nº 3.657 de 1.989, propondo a regulamentação dos direitos da pessoa com transtornos mentais e a extinção progressiva dos manicômios. Naquele momento, vigorava o Decreto Presidencial nº 24.559 de 1.934, baixado por Getúlio Vargas, que previa a internação do paciente nos hospitais

psiquiátricos “mediante simples atestado médico”. Mais tarde, o Projeto de Lei foi transformado na Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216 de 2001) (ARBEX, 2013, p. 209-227).

Mesmo com os novos paradigmas da psiquiatria e da psicologia, ainda há uma grande resistência na aplicação de tratamentos humanos e eficazes aos doentes mentais. Infelizmente, o estigma do transtorno mental ainda sobrevive na nossa sociedade.

2 A Criminologia e as medidas de segurança

2.1 Escola Positiva e o surgimento das medidas de segurança

A Criminologia Positivista, desenvolvida no final do século XIX e início do século XX, qualificava o criminoso como perigoso, e tal caráter era fruto de determinações orgânicas (enfoque biopsicológico).

Enquanto os criminalistas clássicos estudavam os delitos e as penas, as ciências experimentais estavam em processo de evolução, descobrindo as razões dos comportamentos humanos e a influência da herança genética nestes meios. As contribuições da biologia e de outras áreas que estudam a personalidade humana contribuíram para os estudos na análise dos homens (MARCHEWKA, 2001, p. 107).

Michel Foucault descreve o anormal do século XIX como sendo descendente de três indivíduos, quais sejam, o monstro, o incorrigível e o masturbador. O monstro não é o indivíduo que

infringiu a lei jurídica, mas sim um indivíduo com desordem na lei natural, como, por exemplo, quem não tem braço, quem tem dois corpos e uma cabeça. Na própria Idade Média, os hermafroditas eram considerados monstros e queimados vivos (FOUCAULT, 2001, p. 75, 79, 83).

Com o tempo, eles passam a ser analisados não como monstros, mas como esquisitices, portadores de má-formação e acreditava-se que talvez isso fosse o princípio da conduta de certos crimes. A figura do criminoso monstro vai aparecer no começo do século XIX, havendo uma suspeita de monstruosidade no indivíduo no fundo de qualquer delito (FOUCAULT, 2001, p. 91-93).

A criminalidade era analisada como uma realidade ontológica preexistente à reação social e ao Direito Penal (BARATTA, 2013, p. 38-40). Ela surgiu em contraposição à Escola Clássica, incentivada pelos avanços científicos do século XX e tinha como grandes expoentes: Cesar Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garófalo.

A publicação da obra *O homem delinquente*, do médico Cesar Lombroso, preconizou a teoria do delinquente nato, relacionando certas características físicas, tais como tamanho da mandíbula, circunferência do crânio etc., à psicopatologia criminal. Em suas pesquisas, utilizava o método empírico, ou seja, desconsiderou a especulação e o silogismo, superando o método abstrato, formal, dedutivo do mundo clássico.

Por meio de várias pesquisas, Lombroso reconheceu a existência de anomalias somáticas e psíquicas nos criminosos, concluindo pela ideia da origem biopsíquica do criminoso. Uma das consequências dos estudos desse autor foi equiparar o criminoso ao doente mental, em relação à falta de responsabilidade pelas ações cometidas. Ferri ressaltou a importância de um trinômio causal do delito – fatores antropológicos, sociais e físicos. Para ele, não bastava apenas ser a pessoa um criminoso nato, era preciso que houvesse certas condições sociais que determinassem a potencialidade do criminoso. Garófalo fez estudos sobre o delito, o delinquente e a pena. Este é considerado por muitos como o iniciador da fase jurídica da Escola Positiva (MARCHEWKA, 2001, p. 108).

Lombroso formulou o conceito de *crime natural*, porém, seu estudo foi baseado em um público que já estava encarcerado. Ou seja, pessoas que já tinham sido julgadas pelo *sistema penal vigente*. Disso decorre um desvio metodológico: define-se crime natural, mas trabalha-se com um conceito legal, histórico e cultural e sua respectiva clientela (JACOBINA, 2008, p. 82).

O determinismo e o positivismo ainda são muito vivos, tanto na prática forense quanto no ensino jurídico. O criminoso nato está presente não só nas faculdades de Direito, como também em conversas de botiquim, páginas de revista, reportagens sensacionalistas e outras situações do dia a dia (JACOBINA, 2008, p. 80).

Os sinais exteriores identificavam não só o criminoso nato como também o louco criminoso, que já nascia assim. Foi com o positivismo criminológico que se estabeleceu a necessidade do “tratamento” psiquiátrico ao infrator com transtorno mental, substituindo a pena por outra sanção penal, desvinculada da ideia de castigo (MATOS, 2006, p. 64 e 81).

Foi, inclusive, no século XIX que surgiu o termo “periculosidade”. Na época, a presunção de periculosidade era atribuída a certos criminosos, quando o exame médico identificasse algumas características patológicas, atribuindo ao indivíduo o *status* de intrinsecamente perigoso (BARROS-BRISSET, 2010, p. 16).

“A medicina mental ratificou, em sua definição de doença mental, a equação doente mental = perigo social. Sendo assim a definição jurídica não poderia deixar de reafirmar sua presença.” (AMARANTE, 1994, p. 190).

A medida de segurança foi adotada pela primeira vez no Código Penal Norueguês de 1902. No Brasil, o Código Penal de 1940 passou a adotá-la. Tinha por objetivo tratar o criminoso que não possuía capacidade de discernimento sobre o fato ilícito praticado, em razão do determinismo biológico. Diferente da pena, que conserva a sua característica de castigo (MARCHEWKA, 2001, p. 108).

A medida de segurança é uma sanção alternativa aplicada aos inimputáveis por doença mental. No Brasil, esses sujeitos não são considerados responsáveis por seus atos, então, ao invés de

cumprirem a pena, a eles será imposta a medida de segurança. Essa sanção tem por objetivo o tratamento da doença mental e será cumprida por tempo indeterminado até que se ateste a cessação da periculosidade (QUEIROZ, 2008, p. 389-392).

No século XX, a Criminologia contemporânea começa a superar a legitimação dada pelo positivismo criminológico, sustentando um problema mais sociológico e institucional do que uma defesa social pautada no estado perigoso do criminoso. Porém, para o Direito Penal, a presunção de periculosidade ainda é atribuída ao portador de transtorno mental, prevalecendo um sistema manicomial, seletivo e excludente (BARROS-BRISSET, 2010, p 16).

Nos dizeres de Renata Portella Dornelles, a “periculosidade não é um juízo, mas um ‘prejuízo’ sem qualquer direito de defesa. Não é um conceito, mas um ‘preconceito’ que reverbera no século XXI os mitos da loucura violenta e perigosa da era clássica.” (DORNELLES, 2015, p. 127).

2.2 Criminologia da reação social e a criminologia crítica

Para compreender melhor a estigmatização da loucura e a sua influência no tratamento penal oferecido aos doentes mentais criminosos é preciso analisar certas teorias da Criminologia.

Há, na Criminologia, diferentes tendências, como a *Criminologia Geral* (estuda a delinquência como fenômeno social), a *Criminologia Clínica ou Penitenciária* (estuda um delinquente para tentar encontrar o seu diagnóstico e tratamento),

a *Criminologia Organizacional* (se interessa por medidas de política criminal), a *Criminologia Interacionista* (defende que a delinquência não é característica do autor, mas sim de estigmas construídos pela sociedade) e a *Criminologia Radial ou Crítica* (nasce como uma crítica à Criminologia tradicional, buscando suprir suas falhas. É também chamada de *Nova Criminologia*, devido ao título do livro de três sociólogos ingleses: Taylor, Walton e Young) (CASTRO, 1983, p. 60 e 97).

Lola Aniyar de Castro, no seu livro *Criminologia da reação social* explica que “todas estas tendências podem ser agrupadas em duas grandes correntes, uma que podemos chamar a Criminologia da Passagem do ato e outra de Criminologia da Reação social.” (CASTRO, 1983, p. 60).

A Criminologia da Passagem do Ato se interessa pelo delinquente e busca tentar entender os motivos que o levaram às práticas delituosas. Ao estudar o homem, compreende aspectos com “enfoques antropológicos (constituição endocrinologia, biotipologia, estudos sobre herança e genética, psiquiátricos, psicológicos e vitimológicos)” (CASTRO, 1983, p. 61).

A Criminologia da Reação Social, que engloba a Criminologia Interacionista e a Crítica, não quer modificar o delinquente, mas sim o sistema, pois eles são os responsáveis pela criação da criminalidade. A Escola Interacionista foi o primeiro ponto de ruptura com a tradicional criminologia, em razão dos movimentos sociopolíticos nos EUA nas décadas de 60 e 70 (CASTRO, 1983, p. 61 e 141).

Esta nova corrente, denominada também de *Labelling Approach*, surgiu no século XX nos Estados Unidos. E para muitos estudiosos esse novo paradigma é considerado como a gênese da Criminologia Crítica.

Assim, na década de 1960, surgiu uma nova forma de analisar o criminoso, na qual ele deixa de ser visto como um ser intrinsecamente bom ou mau e passa a ser fruto de uma construção social. O estudo do crime como fenômeno social faz parte de um modelo sociológico ou do que se chama de sociologia criminal. Isso mostra que o crime não é um fenômeno individual e isolado. Ao contrário, resulta sempre de uma construção social ou de uma reação social a um determinado comportamento.

A Criminologia da Reação Social abrange as teorias da rotulação (Becker, Erikson, Kitsuse, Lemert), do estigma (Goffman) e do estereótipo (Chapman) (CASTRO, 1983, p. 61).

Segundo Becker, as causas dos desvios estão relacionadas a fatores sociais, ou seja, o desvio é produzido pela própria sociedade, é um rótulo criado pelos homens. Porém, nem sempre os que são rotulados como desviantes infringiram realmente alguma regra, já que este processo não é infalível (BECKER, 2008, p. 21).

Como não há homogeneidade, não tem como estudar as pessoas em busca de personalidade semelhante para o suposto desvio. O que essas pessoas têm em comum é apenas o rótulo de serem desviantes (BECKER, 2008, p. 22).

O grau que as pessoas reagem para estipular que um ato é desviante ou não varia muito. Um dos fatores que influenciam essa análise é a pessoa quem pratica. Por exemplo, há uma menor probabilidade de jovens de classe média serem detidos pela polícia, de serem autuados e, muito menos, de serem condenados; diferente dos jovens moradores de bairros miseráveis. Conseqüentemente, haverá um maior relato de ocorrências criminais nos locais mais desprovidos economicamente (BECKER, 2008, p. 25).

Em bairros pobres, é uma prática rotineira os jovens serem abordados pela polícia em busca de drogas ou algum objeto supostamente furtado, só pelo fato de estarem andando na rua. Isso ocorre com tanta frequência, desde que são novos, que acabam se acostumando com a situação e achando normal. Já os jovens moradores dos bairros de classe média ou alta, dificilmente terão suas bolsas revistadas voltando da escola. Até mesmo nas *blitz*, podemos perceber que a maioria dos que são abordados são pobres, negros e pardos.

Além dos desvios serem criados pelas reações das pessoas, as regras impostas pela sociedade não são universalmente aceitas. Ao contrário, há uma clara questão de poder político e econômico na criação da criminalização, pois os grupos que possuem maior poder irão impor as próprias regras. Em muitos países, os homens estipulam regras para as mulheres. Os ricos criam as regras que os pobres devem obedecer. E assim por diante (BECKER, 2008, p. 30).

Portanto, a teoria da rotulação mostra que cria-se o papel desviante por meio de rótulos. As etiquetas são impostas às pessoas, escondendo as demais características do indivíduo. Isso influencia na própria atividade policial, que irá exercer atividades de repressão sobre certos grupos etiquetados (BECKER, 2008, p. 105).

Com a Criminologia da Reação Social (ou Interacionista) o rótulo de delinquente deixa de ser uma qualidade inerente da pessoa humana, como na Criminologia Positivista, e passa a ser um rótulo sobre a pessoa.

O paradigma do *Labelling Approach* é importante para a passagem à Criminologia Crítica. Nessa perspectiva, a Criminologia Crítica defende que a criminalidade não é uma qualidade ontológica de determinados comportamentos, mas sim um *status* atribuído a certos indivíduos, por meio de uma dupla seleção: a seleção dos bens protegidos penalmente e a seleção dos indivíduos estigmatizados (BARATTA, 2013, p. 159-161).

A criminologia crítica é a construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, ancorada no pensamento marxista. Ela acredita que o modelo econômico é o principal fator para explicar a criminalidade (BARATTA, 2013, p. 159).

Na sociedade capitalista há uma desigualdade na distribuição de recursos entre as classes. Isso provoca injustiças sociais e desigualdades, ocasionando altos índices de criminalidade.

O Direito Penal protege apenas os bens selecionados pela classe dominante e o *status* de criminoso é distribuído de modo

desigual. Portanto, a crítica se dirige ao mito do Direito Penal ser igual para todos (BARATTA, 2013, p. 160).

As pesquisas sobre a cifra negra, sobre os crimes de colarinho branco e sobre a criminalidade política demonstram que o comportamento criminoso está presente em todos os grupos sociais e não apenas na classe proletária. Além do mais, os crimes das classes dominantes são muito mais graves do que toda a criminalidade perseguida (BARATTA, 2013, p. 198).

2.3 A população que vive nos hospitais de custódia e o tratamento psiquiátrico

Os estigmas pejorativos construídos pela sociedade são analisados ao observar a população predominante nos hospitais de custódia do Brasil.

Como se constata no censo de 2011, do total de 3.989 da população dos hospitais de custódia no país, a maioria é masculina (92%), negra e parda (44%), de baixa escolaridade (23% eram analfabetos; 43% tinham ensino fundamental incompleto, 13% ensino fundamental completo, 6% ensino médio e 0,8% ensino superior, 0,03% pós-graduação e 14% sem informação) e com periférica inserção no mundo do trabalho (31% eram trabalhadores de serviços administrativos, vendedores do comércio, trabalhadores da área agropecuária, florestais e da pesca. E 22% trabalhadores da produção de bens e serviços industriais. Aqueles sem profissão constituíam 17%) (DINIZ, 2013, p. 16, 36-39).

Os crimes contra o patrimônio foram o segundo tipo de infração penal mais cometida, representando 29% (818 pessoas o praticaram) (DINIZ, 2013, p. 44). Isso mostra o reflexo de uma cultura burguesa-individualista preocupada com a proteção do patrimônio privado, atingindo os típicos desvios dos grupos marginalizados (BARATTA, 2013, p. 176).

Além disso, há uma significativa estigmatização de que o transtorno mental por si só é violento e isso se mostra na inércia do modelo penal-psiquiátrico de asilamento. O censo de 2011 demonstrou que, pelo menos, 741 indivíduos não deveriam estar em restrição de liberdade nos hospitais de custódia. E os motivos são os mais diversos: cessão de periculosidade, sentença judicial que determinou a desinternação, medida de segurança extinta e, até mesmo, internações que ocorreram sem processo. Ou seja, um em cada quatro indivíduos não deveria estar internado; e para um terço deles, ou seja, para 1.899 pessoas (47%), a internação não se baseia em critério legal nem psiquiátrico (BARATTA, 2013, 16-17).

2.4 As medidas de segurança no Direito Penal brasileiro

2.4.1 Conceito e pressupostos das medidas de segurança

Com a reforma penal de 1984, foi excluído o sistema vicariante, eliminando a aplicação dupla de pena e medida de segurança.

As penas são destinadas aos *imputáveis*, ou seja, aos que possuem capacidade de entender o caráter ilícito do fato. Já as medidas de segurança, aos maiores de 18 anos declarados *inimputáveis* por não serem capazes de entender o caráter ilícito do fato em razão de doença mental (art. 26, *caput*, Código Penal). E aos *semi-imputáveis* o juiz irá aplicar a pena ou medida de segurança, a depender das circunstâncias pessoais, mas nunca irá aplicá-las cumulativamente (QUEIROZ, 2008, p. 390).

O inimputável por doença mental que praticar conduta ilícita é isento de pena, por prescindir de culpabilidade, sendo-lhe aplicado a medida de segurança. Por isso, é dado o nome de absolvição imprópria, ou seja, não será aplicada pena ao agente; contudo, será imposto tratamento psiquiátrico a ser cumprido em estabelecimento penal próprio.

Para poder aplicar a medida de segurança é necessário observar os seguintes requisitos: *i*) prática de um fato típico punível; *ii*) periculosidade do agente; *iii*) ausência de imputabilidade plena (BITENCOURT, 2014, p. 860).

As medidas de segurança são sanções penais destinadas aos autores de um injusto penal punível, mas não culpável em razão da inimputabilidade do agente. Portanto, é necessário que o agente tenha praticado um ilícito típico. Além disso, é necessário existir a periculosidade do agente, que é o juízo de probabilidade de que o sujeito voltará a delinquir. Deve ser observada a proibição de aplicar a medida de segurança ao imputável (BITENCOURT, 2014, p. 860).

Dessa forma, ela é uma medida alternativa às penas e tem por objetivo dar tratamento curativo aos inimputáveis portadores de doenças mentais ou que possuem um desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

2.4.2 Igualdade na aplicação das medidas de segurança em relação às penas

A medida de segurança e a pena são formas de restrição de liberdade que o Estado impõe ao indivíduo. Diante dessa semelhança restritiva, todos os princípios fundamentais e constitucionais aplicáveis à pena, devem ser aplicados às medidas de segurança.

Em homenagem aos princípios constitucionais, principalmente ao da igualdade, não caberá, em nenhuma hipótese, medida de segurança quando não for cabível a aplicação da pena privativa de liberdade. Isso inclui, além das causas excludentes de tipicidade e antijuridicidade, as excludentes de culpabilidade, ao menos quanto à exigibilidade de conduta diversa. Então, por exemplo, se o agente praticou a conduta sob coação moral irresistível, não caberá medida de segurança alguma, pois essa é uma hipótese de causa de exclusão da culpabilidade (QUEIROZ, 2008, p. 390-391).

Porém, a doutrina não é unânime quanto a isso. Juarez Cirino, por exemplo, entende que o inimputável não pode alegar qualquer excludente de culpabilidade, visto que

não possui capacidade de entender o caráter ilícito do fato (SANTOS, 1985, p. 643).

Não existe, na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), artigo que possibilite a liberação do doente mental de forma progressiva, da mesma forma que há previsão para a pena privativa de liberdade. Além disso, as leis penais brasileiras afastam diversos direitos aos inimputáveis como a composição civil, a transação penal, a suspensão condicional do processo, a remição, a substituição da medida de segurança, o livramento condicional, a detração, o indulto, o perdão judicial (CARVALHO, 2015, p. 520-522).

Alguns tribunais, como os do Rio de Janeiro, de Pernambuco e do Rio Grande do Sul, permitem a saída progressiva aos que cumprem medida de segurança. Posturas como essa aperfeiçoam o nosso sistema penal.

Conclui-se que a medida de segurança é mais gravosa que a pena privativa de liberdade e é injustificável que não sejam asseguradas as mesmas garantias previstas aos imputáveis. Os inimputáveis, como todo ser humano, também devem ser contemplados com tratamento jurídico mais favorável.

2.4.3 Espécies das medidas de segurança e a violação à individualização da sanção penal

O Código Penal, no art. 96, prevê as espécies de medidas de segurança, quais sejam: a internação psiquiátrica e o tratamento ambulatorial. Na *internação psiquiátrica*, o cumprimento da

medida de segurança ocorre dentro de hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTPs) ou em outro estabelecimento adequado. Na realidade, esses hospitais são os manicômios judiciários, instituições totais que não se diferenciam muito dos sistemas penitenciários. No *tratamento ambulatorial*, o agente é acompanhado por psiquiatra, mas não há a necessidade de que permaneça recluso na instituição (CARVALHO, 2015, p. 506).

O Código Penal estabelece a medida de segurança de internação para os crimes de reclusão, mas se o crime for punido com detenção, o juiz poderá escolher o tratamento ambulatorial ou a internação. Diferente disso, nos moldes das penas privativas de liberdade, a fixação do regime (aberto, semiaberto ou fechado) ou a substituição por pena restritiva de direito dependem de critérios judiciais motivados na sentença.

O doutrinador Salo de Carvalho defende que a previsão da forma reclusiva ou detentiva, como critério na definição do tipo de medida de segurança a ser aplicada, viola o postulado constitucional da individualização da sanção penal (CARVALHO, 2015, p. 508).

Para o CP, o regime ambulatorial é aplicado subsidiariamente ao de internação. Porém, como a internação psiquiátrica é mais nociva e agrava a doença mental, deve ser aplicada apenas excepcionalmente e dentro dos novos modelos assistenciais. Já o tratamento ambulatorial, por ser menos invasivo e mais efetivo, deve ser aplicado como regra, independente da pena cominada (CARVALHO, 2015, p. 508).

Conforme afirma Bittencourt, a mudança na nomenclatura, com a reforma de 1984, substituindo o termo “manicômio judiciário” por “hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico”, na realidade não mudou nada, pois as características dos velhos e deficientes manicômios continuam presentes (BITENCOURT, 2014, p. 861).

Seguem essa mesma linha, Fragoso, Paulo Queiroz, Luiz Flávio Gomes, Rogério Greco, entre outros doutrinadores. Há, inclusive, decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nesse sentido, podendo o inimputável ser submetido à tratamento ambulatorial, ainda que o crime seja punível com reclusão, de acordo com os princípios da adequação, razoabilidade e proporcionalidade (GRECO, 2015, p. 280).

O Supremo Tribunal Federal, no HC nº 85.401, julgado em 2009, adotou essa posição majoritária, mudando o panorama da execução das medidas de segurança no país. Nesse julgado, a Suprema Corte defendeu que é permitida a substituição da internação por medida de tratamento ambulatorial, mesmo no crime punido com reclusão, quando for desnecessária a internação (BRASIL, 2010).

Por outro lado, Bitencourt segue a literalidade do Código Penal. O doutrinador ensina que a internação é a regra e que somente poderá ser substituída pelo tratamento ambulatorial se o fato for punível com detenção e as condições pessoais do agente forem favoráveis (BITENCOURT, 2014, p. 860-861).

Porém, esse entendimento consagra o direito penal do autor, e não o direito penal do fato. Não é plausível, por exemplo, que um doente mental seja obrigatoriamente internado em um hospital de custódia, mesmo sendo réu primário, caso pratique furto simples, lesão corporal grave ou bigamia (crimes punidos com reclusão) e, por outro lado, que um criminoso sem transtorno mental seja privilegiado com penas mais brandas.

2.4.4 Críticas aos prazos mínimos e à indeterminação do prazo máximo na medida de segurança

De acordo com o §1º do art. 97 do CP, o prazo mínimo da medida de segurança é de um a três anos e o prazo máximo será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não cessar a periculosidade (CARVALHO, 2015, p. 512).

O prazo de duração mínima de um a três anos não se coaduna com a moderna psiquiatria aplicada ao tratamento da saúde mental do autor inimputável. Paulo Queiroz defende que, após a Lei nº 10.216/2001, houve revogação desse prazo, por ser incompatível com os princípios da utilidade terapêutica do internamento, da desinternação progressiva e da reinserção social do paciente (QUEIROZ, 2008, p. 394). Bitencourt diz que o prazo mínimo de um a três anos é apenas um marco para a realização do exame de verificação da cessação de periculosidade (BITENCOURT, 2014, p. 863).

Uma das cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988 é a proibição de prisão perpétua. Portanto, como pena e medida de

segurança não se distinguem ontologicamente, a indeterminação do prazo máximo é inconstitucional, ofendendo os princípios da proporcionalidade, da não perpetuação da pena e da igualdade (QUEIROZ, 2008, p. 396).

Bitencourt defende que deve-se limitar o prazo de acordo com o art. 75 do Código Penal, ou seja, trinta anos, que é o lapso temporal máximo da pena privativa de liberdade (BITENCOURT, 2014, p. 863). A Suprema Corte tem decidido nesse mesmo sentido, estipulando que a medida de segurança deve perdurar enquanto não houver cessado a periculosidade, porém limitada ao prazo máximo de trinta anos (GRECO, 2015, p. 281).

Entretanto, o censo em 2011 encontrou 18 indivíduos internados em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico há mais de trinta anos. Eles representam 0,5% da população do censo (DINIZ, 2013, p. 13).

Atualmente, há decisões do STJ no sentido de aplicar o tempo máximo de acordo com a pena abstratamente cominada ao tipo penal (GRECO, 2015, p. 280).

Porém, infelizmente, de acordo com o censo de 2011, há um grupo de “606 indivíduos internados há mais tempo do que a pena máxima em abstrato para a infração cometida. Eles são 21% da população em medida de segurança no país.” (DINIZ, 2013, p. 14).

O doutrinador Paulo Queiroz defende que o prazo máximo deve ser o tempo da pena que seria cabível na mesma hipótese

em concreto, conforme tem decidido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (QUEIROZ, 2008, p. 396).

Por outro lado, Rogério Greco diz que a medida de segurança não tem prazo certo, pois é uma providência curativa, baseia-se na cessação da periculosidade, então irá durar enquanto houver necessidade de tratamento, podendo, inclusive, ser mantida até o falecimento do paciente (GREGO, 2015, p. 280).

Vale destacar que, de acordo com o censo de 2011, 41% dos exames de cessação de periculosidade estavam atrasados. Apesar do art. 150, §1º, do Código de Processo Penal determinar o prazo de 45 dias, o tempo médio de espera pelo laudo psiquiátrico é de 10 meses (DINIZ, 2013, p. 17).

Todas essas violações e esses abusos nas medidas de segurança mostram o descaso com os doentes mentais e o esquecimento deles nos manicômios judiciários, não sendo observada da maneira devida a cessação da periculosidade.

3 Os novos paradigmas aos pacientes judiciários

3.1 A reforma psiquiátrica

No século XIX, com a noção de que o transtorno mental é um estado anormal fixado hereditariamente, não havia mais sentido curar o indivíduo. Portanto, a psiquiatria, a partir desse período, funcionou como mecanismo de defesa social e não de cura. Ela se tornou uma ciência de proteção biológica da espécie (FOUCAULT, 2001, p. 402).

Com o Movimento da Reforma Psiquiátrica, houve uma enorme pressão para garantir a dignidade da pessoa humana aos portadores de transtorno mental. A Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/2001) regulamentou os direitos dessas pessoas e defendeu a extinção progressiva dos manicômios do país (ARBEX, 2013, p. 224).

Todavia, o controle penal dos portadores de sofrimento mental não foi priorizado por esses movimentos. Mas isso não os priva dessas proteções, já que, embora a lei não faça referências explícitas, também não os exclui (DORNELLES, 2015, p. 304).

Alguns doutrinadores, como Paulo de Queiroz, passaram a defender uma releitura do Código Penal e da Lei de Execução Penal; e outros, como Paulo Jacobina, defenderam a própria derrogação da LEP e de parte do Código (QUEIROZ, 2008, p. 393).

A referida lei alterou a noção de tratamento, substituindo a ideia de periculosidade pela de prevenção, pois a “Lei da Reforma Psiquiátrica pressupõe o portador de sofrimento psíquico como sujeito de direitos com capacidade e autonomia (responsabilidade) de intervir no rumo do processo terapêutico.” (CARVALHO, 2015, p. 524). A “periculosidade” é um preconceito que iguala o “louco” ao “perigoso” (KARAM, 2002, p. 217).

Outro ponto fundamental da Lei de Reforma Psiquiátrica é a abdicação proposital do termo “doença mental”. Por consequência, há uma necessidade de se readequar o conceito de inimputabilidade. Primeiro, em razão do “enfoque desinstitucionalizador ser o

sujeito em sua rede de relações, e não uma doença atomizada que se apresenta como um fenômeno natural alheio e que preexiste ao próprio sujeito, conforme compreendem as teorias criminológicas e psiquiátricas ortodoxas.” Em segundo lugar, em razão do conceito de doença mental ser falho e produzir uma série de estigmas ao inimputável (CARVALHO, 2015, p. 525).

A referida lei estabelece diferentes graus de responsabilidade aos portadores de sofrimento psíquico, impedindo dizer que eles são absolutamente irresponsáveis. O objetivo é tratar esses indivíduos como *sujeitos de direito*, pois considerá-los como desprovidos de responsabilidade é o principal ato de coisificação. Esses novos parâmetros devem influenciar novas interpretações nos institutos de Direito Penal (CARVALHO, 2015, p. 526).

Como as normas sanitárias visam à reinserção social do paciente, não são compatíveis a fixação de prazos mínimos e a indeterminação dos prazos máximos para as medidas de segurança (QUEIROZ, 2008, p. 394).

A lei priorizou tratamentos menos invasivos em ambientes terapêuticos e a internação só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. A reforma psiquiátrica proibiu qualquer forma de tratamento manicomial, vedando a internação em instituições com caráter asilar, ou seja, aquelas desprovidas de garantias e recursos mencionados pela lei (CARVALHO, 2015, p. 549).

Essas normas atingem, inclusive, as internações compulsórias, ou seja, aquelas determinadas pela justiça (art. 6º, parágrafo único, inciso III). Portanto, os avanços da reforma psiquiátrica devem ser universais, não havendo razão para dar tratamento diferenciado entre os usuários comuns dos serviços de saúde mental e aqueles que cometeram infrações penais (QUEIROZ, 2008, p. 530).

Em resumo, no momento da aplicação da medida de segurança, o magistrado deve dar prioridade ao tratamento ambulatorial, por ser mais eficiente na maioria dos casos. Além do mais, ao aplicar o tratamento ambulatorial ou a internação, a depender do caso, não pode usar como critério o delito praticado, se punido com reclusão ou não. A sua sentença deve estar fundamentada com base em conhecimentos técnicos especializados, por meio de laudo médico, não prevalecendo o dispositivo limitador previsto no art. 97 do Código Penal (ARAÚJO, 2009, p. 14).

3.2 Os novos modelos de programa e sua devida expansão para todo o Brasil

Após a luta antimanicomial no Brasil, foram inseridos, na nossa sociedade, novos paradigmas, que objetivam substituir os manicômios por programas de atendimento psiquiátrico mais humanizados dentro do sistema penitenciário brasileiro.

Em Belo Horizonte, dezembro de 2001, foi implementado, com grande sucesso, o Programa de Atendimento Integral ao

Paciente Judiciário (PAI-PJ), por meio da Portaria Conjunta nº 25/2001, de iniciativa do Presidente Desembargador Gudesteu Biber Sampaio, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e do Desembargador Murilo José Pereira, Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. Esse programa trata os infratores portadores de sofrimento psíquico como sujeitos de direito, obedecendo aos moldes da Lei de Reforma Psiquiátrica. A maioria dos pacientes faz o seu tratamento na rede aberta da cidade, mas apresentam-se regularmente à Justiça (BARROS-BRISSET, 2010, p. 35).

Em 10 anos de funcionamento, o PAI-PJ já acompanhou 1.058 processos criminais e acolheu 755 cidadãos, todos recebendo um tratamento eficiente ao transtorno mental. O objetivo é a ressocialização desses indivíduos até cessarem suas relações com a Justiça. Já foram desligados 489 casos. Atualmente, 266 casos estão em acompanhamento e, desses, 210 encontram-se em liberdade, mas fazem tratamento nos sistemas substitutivos ao manicômio e residem com os familiares ou em residências terapêuticas do Município (BARROS-BRISSET, 2010, p. 35).

Com base nas pesquisas realizadas com os casos encerrados, foram registrados apenas 2% de reincidência em crimes de menor potencial ofensivo e contra o patrimônio. E em relação aos crimes hediondos, não houve reincidência (BARROS-BRISSET, 2010, p. 35).

O programa de tratamento humanizado mostrou uma enorme eficiência. É um modelo exemplar que deve ser ampliado

para o todo o país e, assim, melhorar a qualidade do tratamento oferecido aos alienados mentais, reinserindo-os na sociedade. Para isso tornar-se possível, é necessária uma maior atenção a esses indivíduos nos sistemas jurídicos, políticos e sociais.

Um outro programa que implementou a reforma psiquiátrica na execução das medidas de segurança foi o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI), que foi instituído no dia 26 de outubro de 2006 mediante convênio pactuado entre as Secretarias de Estado da Saúde e da Justiça, a Secretaria Municipal da Saúde de Goiânia, o Tribunal de Justiça e o Ministério Público do Estado de Goiás (CARDOSO; PINHEIRO, 2012, p. 96).

O PAILI controla o tratamento conferido ao paciente nas clínicas psiquiátricas conveniadas ao SUS e nos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) com autonomia. Por meio de sua equipe multiprofissional (formada por advogados, assistentes sociais, médico psiquiatra, psicólogos e enfermeiras), coloca em prática a melhor terapia para cada paciente individualmente. Além disso, faz a mediação entre o paciente e o juiz, desburocratizando o acesso à Justiça. Assim, o programa se torna mais célere na aplicação efetiva da terapia exigida aos pacientes, dispensando procedimentos burocráticos típicos dos procedimentos puramente judiciais. Esse programa também teve grande êxito na busca pelo objetivo maior, que é o mais amplo tratamento do paciente e sua inclusão à família e à sociedade (CASTRO, 2009, p. 98-101).

Esses programas devem ser expandidos para todo o país e não ficar apenas adstritos a algumas cidades. É preciso alterar

o modelo das medidas de segurança, já que ele não tem sido eficiente e suas práticas desumanas não têm espaço dentro de um Estado Democrático de Direito.

Michel Foucault, em seu livro *Os Anormais*, fala sobre o princípio da porta giratória, descrevendo que “quando o patológico entra em cena, a criminalidade, nos termos da lei, deve desaparecer”. E mais, “a instituição médica, em caso da loucura, deve tomar o lugar da instituição jurídica. A justiça não pode ter competência sobre o louco, ou melhor, a loucura tem de se declarar incompetente quanto ao louco: princípio da soltura, no sentido jurídico do termo.” (FOUCAULT, 2001, p. 40).

3.3 Crítica ao atual modelo de tratamento oferecido aos infratores portadores de transtorno mental

O atual modelo das medidas de segurança precisa ser melhorado. É um modelo que não funciona, nem do ponto de vista político-criminal nem do da conservação da dignidade da pessoa humana (CARDOSO; PINHEIRO, 2012, p. 88).

Não há uma estrutura ambulatorial própria no HCTP que consiga tratar adequadamente o doente mental. A maioria nem possui convênio com o Sistema Único de Saúde (SUS), o que é pré-requisito para constituir uma unidade penitenciária como “hospital de custódia” (CARDOSO; PINHEIRO, 2012, p. 88).

Na realidade, esses hospitais de custódia são verdadeiras instituições totais. Neles, é imposta hipocritamente uma ideologia de tratamento terapêutico nas medidas de segurança. Porém,

a estrutura dessas instituições remete ao modelo carcerário (CARVALHO, 2015, p. 506).

O que ocorre dentro dos hospitais de custódia é a pura desconstrução do ser. Essa coisificação do homem vai contra toda a ideologia sustentada por nossa Constituição Federal de 1988.

A prática tradicional de internação em manicômios viola direitos humanos e não traz um tratamento efetivo para a cura da doença mental. O próprio doutrinador Salo de Carvalho afirma que o cenário dos hospitais de custódia rememora os campos de concentração criados pelo nazismo germânico (CARVALHO, 2015, p. 520).

A insanidade mental não é sinônimo de periculosidade, o fato praticado pelo inimputável pode ter sido acidental e não decorrente do seu transtorno mental e a consequente internação desnecessária irá piorar o estado do recolhido (RIBEIRO, 1998, p. 56).

Não basta apenas cumprir a Lei de Execução Penal, os direitos que esses indivíduos possuem vão muito além do que o sistema penal lhes oferece. Os direitos garantidos aos criminosos imputáveis devem ser aplicados aos inimputáveis por doença mental, como a remição, a progressão, a substituição de medida, a detração, o livramento condicional, a comutação, o indulto, a suspensão condicional do processo, o perdão judicial, entre outros. São direitos essenciais oferecidos aos condenados para uma melhor ressocialização (CARVALHO, 2015, p. 521-522).

As penas e as medidas de segurança são formas por meio das quais o Estado invade a liberdade do indivíduo. Não há diferença substancial entre elas, sendo ambas consideradas sanções penais. Portanto, todos os princípios fundamentais e as garantias processuais penais devem ser observados na aplicação dessas duas medidas de controle social (BITENCOURT, 2014, p. 859).

Não há diferença entre os condenados submetidos às penas e os que cumprem medida de segurança que justifique a exclusão das garantias individuais na aplicação das medidas de segurança. Nem mesmo a prática de crime hediondo por um imputável o faz perder tais direitos processuais penais. Então, por que um inimputável por doença mental não faz jus aos mesmos direitos?

A atual Constituição Federal garante a todos direitos individuais, sociais (entre eles o direito à saúde mental) em diversos artigos, como no art. 6º, no art. 194 e no art. 196 e ss. No inciso IV, art. 3º, da Constituição Federal, estipula, como um dos objetivos fundamentais do Brasil, a promoção do bem a todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. O inciso XLI, do art. 5º, estabelece que qualquer discriminação contra os direitos e as liberdades fundamentais será punida de acordo com a lei (BRASIL, 2016). O atendimento a esses valores devem estar presentes na atuação do Poder Judiciário, nas políticas públicas e, também, na sociedade.

Além das normas constitucionais internas, há normas internacionais, como a *Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências, da Organização das Nações Unidas (ONU)*, na luta pelos direitos humanos. Essa Convenção busca defender e garantir condições de vida com dignidade a todas as pessoas que possuem alguma deficiência.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) desenvolveu uma ferramenta chamada “Quality Rights”, ou seja, direitos à qualidade, que avaliam os serviços baseado nos critérios da referida Convenção da ONU. Essa ferramenta tem por objetivo reformar as políticas e legislações nacionais para melhorar a qualidade e os direitos humanos nas unidades de assistência de saúde hospitalares e ambulatoriais, e capacitar as organizações a defender os direitos dos indivíduos com deficiência mental (VASCONCELOS, 2014, p. 217).

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana deve ser sempre adotada como paradigma da política-criminal. Não podemos esquecer que o indivíduo que violou o ordenamento jurídico tem a mesma dignidade dos demais. Esse cuidado é tamanho que, caso ocorra violação aos direitos humanos dentro das instituições das medidas de segurança, os agentes penitenciários podem incorrer no crime de tortura, previsto no art. 1º da Lei nº 9.455/97 (Lei da Tortura) (CARDOSO; PINHEIRO, 2012, p. 20).

A repressão estatal, por meio do sistema penal, deve encontrar como limite a dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA,

2005). Assim, busca-se evitar abusos estatais, preservando a vida e a liberdade de todo ser humano.

Zaffaroni e Pierangeli chamam atenção para a existência de uma maior privação de direitos aos doentes mentais ou aos estigmatizados em relação aos submetidos às penas. E dizem que “o problema não é simples, e a pouca atenção que se dá às medidas de segurança, do ponto de vista dogmático, torna-se bastante perigosa para as garantias individuais” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 731).

4 Conclusões

Tudo que foi exposto teve por objetivo mostrar o tratamento penal oferecido aos portadores de sofrimento psíquico na aplicação das medidas de segurança. O atual modelo de justiça criminal ainda é baseado em um modelo manicomial, ineficaz e ultrapassado perante a reforma psiquiátrica.

Atualmente, a pior violação aos direitos humanos são as medidas de segurança cumpridas em hospitais de custódia. Há, ainda, uma omissão por parte do Poder Judiciário e das políticas públicas de saúde mental com vistas a um tratamento mais humano e igualitário aos infratores portadores de transtorno mental.

Os movimentos reformistas da psiquiatria mudaram a forma de tratamento, garantindo as liberdades individuais aos portadores de transtorno mental. Diversos doutrinadores interpretam que a Lei da Reforma Psiquiátrica faz referência a sua aplicação para os portadores de sofrimento psíquico do sistema penal.

Para tentar controlar o atual modelo de segregação, novos programas de tratamento mais humanizados, como o PAILI e o PAI-PJ, foram aplicados em algumas cidades no país. Esses programas tiveram grande êxito e, portanto, devem ser expandidos para todo o país.

Esta pesquisa científica contribui com a evolução do saber humano acerca do modelo de medida de segurança adotado no país e com o desenvolvimento das políticas públicas de saúde mental e penitenciária. Identificar as falhas e contribuir para a comunicação entre pesquisadores é primordial ao progresso das medidas de tratamento. Por isso, ainda pretendo pesquisar mais sobre medidas de segurança e outras alternativas de tratamentos mais humanos.

Nunca podemos esquecer que o sofrimento psíquico não coisifica seus portadores, eles continuam sendo iguais a todos nós. São seres humanos que merecem tratamentos eficientes para que possam viver em sociedade com mais dignidade e respeito.

Title: Stigmatization of mental disorder: people with psychological distress in the Brazilian penal system

Abstract: This work aims to show the criminal treatment offered to the mentally ill, analyzing the application of security measures. Through the bibliographic and theoretical rising, it was shown as the Brazilian penal system is still based on a Psychiatric Ward model for crimes committed by mentally ill, ignoring the progress of the psychiatry, mainly from the Psychiatric Reform Law. It is a model mirrored in the segregation, fruit of disregard and rejection of society with the mentally ill and much more serious than the punishment of the other offenders. Moreover, the article seeks to demonstrate new more efficient

and humanized methods in the treatment for these individuals, which are already being applied with great success in some cities in Brazil. Through these new models, we can achieve development by applying them all over the country and thus, walk towards a more humanized and democratic society..

Keywords: Stigmatization. Mental health. Criminology. Madness. Segregation. Law of Psychiatric Reform. Human Dignity Principle.

Referências

AMARANTE, Paulo (Org.). *Psiquiatria social e reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994.

ARAÚJO, Fabio Roque da Silva. Medida de segurança: caráter residual da internação. *Revista IOB de direito penal e processual penal*, São Paulo, v. 9, n. 57, ago./set. 2009.

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed., 1. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. *Por uma política de atenção integral ao louco infrator*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010.

BATISTA, Micheline. Breve história da loucura, movimentos de contestação e reforma psiquiátrica na Itália, na França e no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, n. 40, abr. 2014.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 1*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. In: BRASIL. *Vade mecum*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 5-65.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85.401, 2ª Turma, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2010. Relator: Ministro Cezar Peluso. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 213, p. 512, jul./set. 2010.

CARDOSO, Danilo Almeida; PINHEIRO, Jorge de Medeiros. *Medida de segurança: ressocialização e a dignidade da pessoa humana*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CASTRO, Ulysses Rodrigues de. *Reforma psiquiátrica e o louco infrator: novas ideias, velhas prática*. Brasília: Hinterlândia Editorial, 2009.

DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Letras Livres: Editora Universidade de Brasília, 2013.

DORNELLES, Renata Portella. *O círculo alienista: reflexões sobre o controle penal da loucura (medidas de segurança e internações compulsórias)*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2015.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na idade clássica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Tradução de Eduardo Brandão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica*. Brasília: ESMPU, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. Punição do enfermo mental e violação da dignidade. *Revista PUC-SP*, São Paulo, 2002.

MARCHEWKA, Tânia Maria. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. *Revista de direito sanatório*, v. 2, n. 3, nov. 2001.

MATOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

OLIVEIRA, Thiago Almeida de. *O doente mental, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constitucionalização do direito: um urgentíssimo escrutínio (Neo) constitucional das medidas de segurança*. Universo jurídico, 16 nov. 2005. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2737/O_DOENTE_MENTAL_O_PRINCIPIO_DA_DIGNIDADE_DA_PESSOA_HUMANA_E_A_CONSTITUCIONALIZACAO_DO_DIREITO_UM_URGENTISSIMO_ESCRUTINIO_NEOCONSTITUCIONAL_DAS_MEDIDAS_DE_SEGURANCA>. Acesso em: 12 jan. de 2016.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Medida de segurança*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editos, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

TODO seu. Entrevista: história da loucura com Guido Palomba. *TV Gazeta*, São Paulo, 28 abr. 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CuQ1a4NII_8>. Acesso em: 6 jan. 2016.

VASCONCELOS, Eduardo Mourão et al. *Manual de direitos e deveres dos usuários e familiares em saúde mental e drogas*. Rio de Janeiro: Escola do Serviço Social da UFRJ; Brasília: Ministério da Saúde, Fundo Nacional de Saúde, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

BRAGA, Gabriele Vendruscolo. Estigmatização do transtorno mental: os portadores de sofrimento psíquico no sistema penal brasileiro. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 193-236, 2016. Anual.

Submissão: 17/6/2016

Aceite: 26/9/2016

Camisa de força socioeducativa: internação compulsória como medida protetiva ou como medida punitiva para adolescentes em conflito com a lei?

Bruna Mello de Miranda Fernandes

Advogada. Servidora pública licenciada do cargo de Atendente de Reintegração Socioeducativa. Gerente de Instrução e Procedimento Disciplinar da Corregedoria da Secretaria de Estado de Políticas para Crianças, Adolescentes e Juventude do Distrito Federal – SECRIANÇA/DF. Instrutora da Escola de Governo do Distrito Federal – EGOV/DF. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público (Fundação Escola Superior do Ministério Público – FESMPDFT). Pesquisadora do Grupo Candango de Criminologia (Universidade de Brasília – GCCRIM/UnB).

Resumo: O presente artigo propõe uma análise da aplicação de medidas protetivas de internação compulsória a adolescentes em conflito com a lei. Em que pese a legitimidade da intervenção judicial para efetivar o tratamento de transtornos mentais ou comportamentais graves decorrentes da dependência química, defende-se tal providência como medida de última via, devendo obrigatoriamente ser respaldada por pareceres técnicos e familiares. Examinam-se, ainda, a constitucionalidade e a viabilidade da internação compulsória, considerando-se a (in)existência de políticas públicas ou de programas governamentais voltados para o adolescente dependente químico.

Palavras-Chave: Adolescente. Internação compulsória. Medida socioeducativa. Dependência química. Princípio da dignidade da pessoa humana - Brasil.

Sumário: Introdução. 1 Da determinação judicial de interdição civil travestida de tratamento psiquiátrico. 2 Da imposição de medida protetiva consistente em internação compulsória. 3 Das políticas governamentais higienistas. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

Instituições totais, geralmente, comungam da mesma ineficácia, mas partilham da perpetuação pela funcionalidade. Tal qual Simão Bacamarte, não somos capazes de curar ou sequer de dizer os orates¹. Mesmo assim, arremessamo-los em Casas Verdes², pois antes o cárcere alheio que o nosso. Enfiamo-los todos na mesma categoria de seres patológicos: os *insanos*, os *mendigos*, os *indigentes*, os *ladrões* e os *maníacos*.

Logo, é assunto em voga a internação compulsória para fins de tratamento de transtornos decorrentes da dependência química, mais particularmente a aplicação da Lei nº 10.216/01, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Não bastasse o vagalhão acerca do tema, introduzimos ao debate mais dois agentes complicadores: a adolescência, com seus típicos dissabores e tutela específica (doutrina da proteção integral e princípio da absoluta prioridade), e os desvios e transgressões por eles praticados (atos infracionais).

Quanto aos menores de idade, especificamente aqueles flagrados em conflito com a lei, é requisito elementar, como pressuposto para imposição e execução de medida socioeducativa, que apresentem capacidade para o seu cumprimento. Assim, tomam-se por indispensáveis o discernimento mental e até a aptidão física, conforme se infere do Estatuto da Criança e do

¹ Alusão à obra literária “O alienista”, de Machado de Assis.

² Idem.

Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90). Leia-se: “Art. 112 [...] §1º a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua *capacidade* de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração” (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Por certo que a própria estrutura física das unidades socioeducativas e as condições de cumprimento das medidas hão de adequarem-se aos socioeducandos atendidos. No entanto, muitas das vezes, a par de todos os ajustes e esforços envidados, ainda assim se torna não somente dificultosa como absolutamente inviável a execução da medida socioeducativa.

Daí porque, em relação às consequências do uso abusivo de substâncias químicas, falar-se em *dupla inimputabilidade*, uma vez que, além da menoridade penal, pode acometer ao adolescente um distúrbio de ordem psíquica ou um transtorno comportamental grave, muitas vezes prejudicial à imposição ou à efetividade de eventual medida socioeducativa.

Importa distinguir o transtorno decorrente do uso abusivo de drogas do transtorno mental: não se cuidam de distúrbios coincidentes. Ocorre que o primeiro pode desencadear o segundo. Na presente análise – muito embora não se confundam os conceitos – interessa-nos a questão da dependência de drogas como suscitante do distúrbio psíquico.

Nesse contexto, temos, em percepção superficial, a questão da internação compulsória de adolescentes em conflito com a lei sob o cumprimento de medida socioeducativa; e, em percepção microscópica, o proceder do Poder Judiciário e do Poder

Executivo em relação aos casos, levados ao seu conhecimento, de transtornos de abusos de substâncias psicoativas por socioeducandos em que se demandam uma solução enérgica e uma abordagem excepcional.

É preciso considerar, ainda, que, ao contrário do que se possa imaginar, o que a Lei nº 10.216/01 batizou de “internação compulsória” nem sempre carece do elemento volitivo. Muitas vezes o próprio adolescente pretende o tratamento e não tem condições financeiras de arcar com as despesas de uma clínica particular. Eis a pretensa solução: recorrer ao Poder Judiciário, para que imponha ao Poder Executivo o seu internamento hospitalar. Também é importante observar que seria temerário considerar legítima a internação com fundamento exclusivo na vontade do paciente ou no laudo médico. A análise há de ser mesmo casuística e levar em conta a convergência das falas de todos os atores envolvidos.

A questão é, sem dúvidas, extremamente atual e igualmente controversa. Ainda não se estabeleceu uma práxis judicial, quiçá uma política pública local específica para tratar desses casos, cada vez mais evidentes e repetidos. Então, a relevância do assunto situa-se no dilema jurídico entre uma intenção velada de escamotear o problema social e de saúde pública ou encará-lo na busca de solução satisfatória.

Antes de tudo, é preciso esclarecer que o sustentáculo teórico para uma abordagem responsável do tema estabelece-se necessariamente na premissa de que o Direito não é capaz,

isoladamente, em se atendo à reprodução dos próprios preceitos, num movimento autopoietico e narcisista, de dar resposta suficiente à questão complexa e interdisciplinar como a internação compulsória de adolescentes infratores. Até porque nesse discurso se subscrevem temas atinentes à Psicologia, à Psiquiatria, à Sociologia e inclusive à Criminologia.

Assim se considerando, temos que, por excelência e por natureza, a internação para fins de tratamento da dependência química, seja ela involuntária ou compulsória sem adesão, trata-se de medida que circunscreve conflito latente de princípios constitucionais e valores sociais, como a liberdade individual *versus* a saúde pública, a pessoa *versus* o coletivo, quando, na verdade, deveriam esses polos – pretensamente opostos – funcionarem em movimento de articulação individual, coletiva e institucional, atuando um sempre em prol do seguinte, a formarem uma rede de cooperação complexa e eficaz.

Curioso é notar que, ao tempo do movimento de desinstitucionalização, promovido pela Reforma Antimanicomial no Brasil, materializado, dentre outras maneiras, em meados dos anos 1990, por meio do reconhecimento do direito à saúde como dever do Estado (na Lei nº 8.080/90, com a instituição do Sistema Único de Saúde – SUS), também estavam em pauta, embora à parte, os direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, instrumentalizados no ECA, que demarcou a substituição do antigo Código de Menores e do Paradigma da Situação Irregular.

Ocorre que, em nenhum momento das discussões acerca da reforma psiquiátrica preocupou-se o legislador com a questão específica da saúde mental de crianças e adolescentes: os debates não se encontraram! Hoje, parece-nos, tão recorrentes se afiguram os casos de crianças e adolescentes que desencadeiam transtornos mentais (inclusive vinculados à dependência química), que o que antes soava imprevisível há que ser, urgentemente, sanado.

Então, identificamos de plano três situações a serem estudadas:

- a) a primeira diz respeito ao caso da *interdição civil* dos adolescentes que encerraram o atendimento socioeducativo e, mesmo assim, não são liberados: ao revés, são encaminhados para tratamento por prazo indeterminado (à semelhança do célebre caso do “*Champinha*”);
- b) a segunda refere-se à hipótese em que o adolescente, ainda em cumprimento da medida socioeducativa, é submetido a exame psiquiátrico, cujo laudo aponta doença mental, e a intervenção socioeducativa é *suspensa* ou *extinta* para que se proceda ao tratamento em regime compulsório de internação (como medida protetiva – artigo 101, inciso VI, do ECA), que pode estender-se por longos anos, para além da competência da Justiça da Infância e da Juventude;
- c) por fim, a terceira pretende estudar a internação compulsória cumulada com as *políticas governamentais* de acolhimento de menores de rua dependentes químicos,

como ocorre no Rio de Janeiro, em nítida medida higienista.

1 Da determinação judicial de interdição civil travestida de tratamento psiquiátrico

Cogita-se, na primeira situação (da interdição civil), que tem-se bem delineada afronta de morte à atual lógica do próprio sistema penal (quicá à do socioeducativo!), que há muito extinguiu o denominado “duplo binário”. Em que pese a roupagem *civil* que adquire, inclusive na denominação, a determinação é, sem dúvidas, de caráter punitivo, pois cerceia a liberdade. Ora, eis a exposição de motivos do Código Penal:

[...] 87. Extingue o Projeto a medida de segurança para o imputável e institui o sistema vicariante para os fronteiriços. Não se retomam, com tal método, soluções clássicas. Avança-se, pelo contrário, no sentido da autenticidade do sistema. A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade – pena; *periculosidade* – medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena *eufemisticamente* denominada medida de segurança [...] (BRASIL, 1983, grifo nosso).

Assim, para o estudo dessa hipótese, faz-se uma analogia entre as medidas de segurança detentivas e a interdição civil cumulada com internação compulsória do jovem que já foi liberado do programa socioeducativo. Afinal, “as medidas de segurança, assim como as socioeducativas aplicadas a ‘adolescentes em conflito com a lei’, fazem parte da imensa teia dos controles

penais dispersos, oriundos da disciplina sem questionamento e perplexidade diante do risco” (MATTOS, 2006. p. 182).

Ora, o adolescente que, em razão da idade e da condição de saúde mental, acomete-se de uma *dupla inimputabilidade*, e deveria submeter-se a atendimento duplamente especializado, na realidade, sujeita-se a uma *punibilidade dobrada*.

Nesse sentido, é ler:

O tratamento compulsório ou involuntário, sem o consentimento do paciente, só deve ser usado em casos específicos de transtorno agudo que represente um risco imediato ou iminente para a saúde do paciente ou para a segurança da sociedade. O tratamento involuntário de curto prazo para a proteção do indivíduo vulnerável deve ser aplicado pelo menor período de tempo possível, como um *último recurso* e deve ser sempre efetuado por equipes multidisciplinares e supervisionado por procedimentos legais e transparentes, sendo rigorosamente avaliado (NACÕES UNIDAS, 2009, grifo nosso).

Para Brown (2012, v. 3, p. 1044), em análise do ponto de vista psicossocial do abuso de substâncias, o tratamento moral e aquele similar ao dos Alcoólicos Anônimos foram as formas mais bem-sucedidas de terapia nos séculos XIX e XX, mas continuam a se apoiar em uma instável combinação de linguagens de autocontrole e patologia, de modo que isso faz concluir que “[...] se os médicos querem tratar o alcoolismo como uma doença, terão que *repensar* o que eles significam por doença”. E uma resignificação da concepção de doença implica, imperiosamente, readequação dos tratamentos respectivos.

Não se pode, entretanto, recair num reducionismo ou numa postura indiferente quanto à dependência química, como deplorava, por exemplo, o psiquiatra Thomas Clouston (2007) lembrado por Madden (2012, v. 3, p. 1029), ao defender a impossibilidade legal de interferência na liberdade dos dependentes inveterados, asseverando deliberadamente que o quanto antes bebessem ou se drogassem até a morte, tanto melhor, pois são uma “[...] maldição para todos os que têm que lidar com eles, um flagelo e um perigo para a sociedade, e propagadores de uma má descendência”. Não é sequer preciso apontar os ranços discriminatórios e atentatórios contra o atual ordenamento jurídico constantes desse pensamento.

Ocorre que, numa óbvia subversão dos desígnios anti-higienistas introduzidos por meio da Reforma Psiquiátrica, ainda há quem pretenda uma condenação indiscriminada ao *asilamento* dos portadores de distúrbios psíquicos e à consequente morte social, sob o manto de uma pretensa legalidade, a pretexto da aplicação de uma política de saúde pública. Eis então a extrema cautela que deve haver no momento da decretação de internação compulsória, medida última e excepcional – muitas vezes até desesperada –, sob pena de se incorrer em grave retrocesso ao paradigma manicomial anterior.

Ainda mais sensível se torna o assunto quando acrescentamos ao debate o fator adolescência, causa por si própria para o tratamento excepcional. E quando, corajosamente, lidamos também com o conflito com a lei.

A *psiquiatrização dos adolescentes* caminha na direção do paradigma emergente de gestão dos chamados indesejáveis e perigosos marcado pelo recurso cada vez maior ao encarceramento em detrimento do investimento em políticas sociais e na *radicalização da política punitiva* como resposta ao aumento da desigualdade social, da violência e da insegurança (VICENTIN; GRAMKOW; ROSA, 2010, p. 65, grifo nosso).

Supõe-se, então, que o recrudescimento do sistema socioeducativo não se apresenta como solução válida, e que a adolescência, como período de formação do indivíduo, seja momento propício e oportuno para a realização de intervenção eficaz no combate à droga, isso porque:

Como nessa fase o cérebro está em formação, e as drogas atrapalham esse processo, elas podem comprometer as “fundações desse órgão fundamental. É como dar um banho de ácido em uma casa em construção. Ele não vai corroer a pintura externa, mas os vergalhões que seguram a obra em pé. (...) A “imaturidade” do cérebro adolescente também tem suas vantagens. A intensidade com que os neurônios multiplicam e sincronizam suas novas conexões durante essa fase da vida faz com que seja uma *época de ouro para aprender qualquer coisa* (ARAUJO, 2012, p. 188, grifo nosso).

Não estamos sós na constatação de que a hipótese de internação compulsória geralmente não é devidamente estudada de acordo com as peculiaridades do menor, em especial quando ele está inserido no contexto infracional. Leia-se:

[...] devo citar uma interpretação da lei que considero inadequada e desastrosa, e felizmente é um caso isolado. Na criação da Unidade Experimental, instituição do estado de São Paulo vinculada à Fundação Casa, que atende jovens

em cumprimento de medidas socioeducativas, o argumento da “internação compulsória” busca amparo na lei 10.216. Ora, *essa lei não trata da internação compulsória e não pode ser invocada para justificar a manutenção, por tempo indeterminado, de alguns jovens que cometeram delitos em uma instituição de confinamento*. O caso da Unidade Experimental, que não encontra amparo legal seja no ECA, seja no Código Penal, e muito menos na lei 10.216, é um fenômeno-limite, que se mantém como uma *anomalia jurídica, ética e constitucional*, e que nos causa desconforto a todos. Menciono isso em função da gravidade dessa situação e pelo fato de que ela invoca a lei 10.216, com uma menção indevida (DELGADO, 2013, grifo nosso).

Contudo, ao revés do que alegou o autor, hoje não mais se trata aquele de caso único, isolado no mundo jurídico. Em verdade, as determinações judiciais nesse sentido atualmente são corriqueiras e até encontraram respaldo legal.

Surpreendentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em diversas oportunidades, já julgou factível e totalmente legal a interdição civil de adolescentes que, ao término do integral cumprimento da medida socioeducativa pelo prazo máximo (três anos), ainda não estavam “aptos ao convívio social, dado o seu alto grau de *periculosidade*”. Vejam-se as ementas:

HABEAS CORPUS. PROCESSO CIVIL DE INTERDIÇÃO. INTERNAÇÃO JUDICIAL. ENFERMIDADE MENTAL. TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISOCIAL (TPAS). LAUDO PERICIAL. INTERNAÇÃO RECOMENDADA.

1.- É admitida, com fundamento na Lei 10.216/01, em processo de interdição, da competência do Juízo Cível, a determinação judicial da internação psiquiátrica compulsória do enfermo mental perigoso à convivência social, assim reconhecido por laudo

técnico pericial, que conclui pela necessidade da internação. Legalidade da internação psiquiátrica compulsória. Observância da Lei Federal n. 10.216/01 e do Decreto Estadual n. 53.427/0.8, relativo à aludida internação em Unidade Experimental de Saúde.

2.- *A anterior submissão a medida sócio-educativa restritiva da liberdade, devido ao cometimento de infração, correspondente a tipo penal, não obsta a determinação da internação psiquiátrica compulsória após o cumprimento da medida sócio-educativa.* Homicídios cometidos com perversidade de agressão e afogamento em poça d'água contra duas crianças, uma menina de 8 anos e seu irmão, de 5 anos, para acobertar ataque sexual contra elas.

3.- *Laudos que apontam o paciente como portador de transtorno de personalidade antissocial - TPAS (dissocial - CID. F60.2): “Denota agressividade latente e manifesta, pouca capacidade para tolerar contrariedade e/ou frustrações, colocando suas necessidades e desejos imediatos pessoais acima das normas, regras e da coletividade, descaso aos valores éticos, morais, sociais ou valorização da vida humana, incapacidade de sentir e demonstrar culpa ou arrependimento. Características compatíveis com transtorno de personalidade sociopática aliada à limitação intelectual, podendo apresentar, a qualquer momento, reações anormais com consequências gravíssimas na mesma magnitude dos atos infracionais praticados, sendo indicado tratamento psiquiátrico e psicológico em medida de contenção”.*

4.- *O presente julgamento, no âmbito da 3ª Turma, harmoniza a jurisprudência de ambas as Turmas da 2ª Seção desta Corte, na mesma orientação do HC 169.172-SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, em caso de grande repercussão nacional, no sentido de que “a internação em qualquer de suas modalidades, só será iniciada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”. Tal dispositivo contém ressalva em sua parte final, dispensando a aplicação dos recursos extra-hospitalares se houver demonstração efetiva da insuficiência de tais medidas. (...) A internação compulsória em sede de ação de interdição, como é o caso dos autos, não tem caráter penal, não devendo ser comparada à medida de segurança ou à medida socioeducativa a que esteve submetido no passado o paciente em face do cometimento de ato infracional análogo a homicídio e estupro. Não se ambiciona nos presentes autos aplicar sanção ao ora paciente, seja na espécie de pena, seja na forma de*

medida de segurança”. 5.- Legalidade da internação psiquiátrica compulsória. Determinação de reavaliação periódica. 6.- Denegada a ordem de Habeas Corpus, com observação (HC 135.271/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014, grifo nosso).

HABEAS CORPUS - AÇÃO CIVIL DE INTERDIÇÃO CUMULADA COM INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE PARECER MÉDICO E FUNDAMENTAÇÃO NA LEI N. 10.216/2001 - EXISTÊNCIA NA ESPÉCIE - EXIGÊNCIA DE SUBMETER O PACIENTE A RECURSOS EXTRA-HOSPITALARES ANTES DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO - DISPENSA EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS

1. A internação compulsória deve ser evitada, quando possível, e somente adotada como última opção, em defesa do internado e, secundariamente, da própria sociedade. É claro, portanto, o seu caráter excepcional, exigindo-se, para sua imposição, laudo médico circunstanciado que comprove a necessidade de tal medida. 2. A interdição civil com internação compulsória, tal como determinada pelas instâncias inferiores, encontra fundamento jurídico tanto na Lei n. 10.216/2001 quanto no artigo 1.777 do Código Civil. No caso, foi cumprido o requisito legal para a imposição da medida de internação compulsória, tendo em vista que *a internação do paciente está lastreada em laudos médicos*. 3. Diante do quadro até então apresentado pelos laudos já apreciados pelas instâncias inferiores, entender de modo diverso, no caso concreto, seria pretender que o Poder Público se portasse como mero espectador, fazendo prevalecer o direito de ir e vir do paciente, em prejuízo de seu próprio direito à vida. 4. O art. 4º da Lei n. 10.216/2001 dispõe: “A internação, em qualquer de suas modalidades, só será iniciada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.” Tal dispositivo contém ressalva em sua parte final, dispensando a aplicação dos recursos extra-hospitalares se houver demonstração efetiva da insuficiência de tais medidas. Essa é exatamente a situação dos autos, haja vista ser notória a insuficiência de medidas extra-hospitalares, conforme se extrai dos laudos invocados no acórdão impugnado. 5. É cediço não caber na angusta via do habeas corpus, em razão de seu rito

célere e desprovido de dilação probatória, exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias inferiores formaram sua convicção. 6. O documento novo consistente em relatório do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes- (SPT) da Organização das Nações Unidas (ONU) não pode ser apreciado por esta Corte sob pena de supressão de instância. 7. *A internação compulsória em sede de ação de interdição, como é o caso dos autos, não tem caráter penal, não devendo ser comparada à medida de segurança ou à medida socioeducativa à que esteve submetido no passado o paciente em face do cometimento de atos infracionais análogos a homicídio e estupro. Não se ambiciona nos presentes autos aplicar sanção ao ora paciente, seja na espécie de pena, seja na forma de medida de segurança. Por meio da interdição civil com internação compulsória resguarda-se a vida do próprio interditando e, secundariamente, a segurança da sociedade.* 8. Não foi apreciada pela Corte de origem suspeição ou impedimento em relação à perícia, questionamento a respeito da periodicidade das avaliações periciais, bem como o pedido de inserção do paciente no programa federal De Volta Para Casa. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que não se conhece de habeas corpus cuja matéria não foi objeto de decisão pela Corte de Justiça estadual, sob pena de indevida supressão de instância. (HC 165.236/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 11/11/2013; HC 228.848/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2013, DJe 04/11/2013) 9. Ordem denegada (HC 169.172/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 05/2/2014, grifó nosso).

Firma-se, assim, no âmbito do tribunal superior, o entendimento de que a internação compulsória é totalmente compatível com os direitos de crianças e adolescentes, mesmo após a intervenção socioeducativa. Mais: verifica-se, no primeiro

julgado supratranscrito, que o adolescente diagnosticado com psicopatia (que a própria Psiquiatria reconhece como incurável) deve ser submetido a tratamento, *ad eternum*, em regime de internação (privação de liberdade). Noutras palavras, submete-se o jovem a uma verdadeira prisão perpétua, uma vez que a tal *periculosidade* jamais cessará, e o tratamento nunca surtirá o efeito desejado. Nem sequer é preciso apontar a nítida inconstitucionalidade (art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal de 1988) desta determinação judicial, que indubitavelmente consiste em imposição de sanção eterna.

A par dos decisionismos, que denunciam tamanha incoerência jurídica, ainda mais temerário consideramos o disposto na Lei nº 12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE e regulamentou a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que pratiquem ato infracional. Essa Lei previu, expressamente, no bojo do §7º do seu artigo 64, a aplicação da Lei nº 10.216/01, ao possibilitar a internação involuntária de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa que apresentem “[...] *indícios* de transtorno mental, de deficiência mental, ou associadas” (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Encaramos a disposição legal com muita cautela e supomos que ela enseja arbitrariedades falíveis quanto ao superior interesse da criança e/ou do adolescente, mas que são absolutamente eficientes quanto ao controle social.

Portanto, entendemos mais coerente o entendimento pretérito do Superior Tribunal de Justiça que vislumbrava manifesta ilegalidade, ofensiva à liberdade de locomoção do socioeducando, quando da tentativa de prorrogação da privação de liberdade sob o pretexto de submetê-lo a tratamento. Tal ilação consta do julgado infratranscrito:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA PROTETIVA DE INTERNAÇÃO. PACIENTE QUE COMPLETA 21 ANOS DE IDADE. LIBERAÇÃO COMPULSÓRIA.

1. O art. 121, § 5.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente é expresso ao determinar a liberação compulsória do menor infrator aos 21 anos de idade, *não sendo mais possível a continuidade da internação, ainda que para tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico em regime hospitalar ou ambulatorial.*

2. Recurso provido para conceder a ordem.

(RHC 15.453/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, Rel. p/ Acórdão Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2004, DJ 18/10/2004, p. 298, Grifo nosso).

Assim, nota-se verdadeiro retrocesso jurisprudencial, uma vez que entendemos mais acertada a compreensão de que não se pode valer do juízo da enfermidade ou do transtorno do adolescente como subterfúgio para a manutenção de privação de liberdade.

Muito embora a ementa diga respeito à impossibilidade de prorrogação da medida socioeducativa para além do prazo máximo para a liberação compulsória – quando o socioeducando completa os 21 (vinte e um) anos de idade –, a *saída jurídica* encontrada para a questão atualmente é o requerimento de interdição civil antes

mesmo da cessação do cumprimento da medida socioeducativa. Essa estratégia foi utilizada no caso singular do *Champinha*, que até hoje é mantido internado por força de decisão judicial.

Mesmo sem adentrar o mérito de tal decisão, o que se questiona não é o fato de ser ou não o caso de submeter alguém a tratamento – ambulatorial ou mediante internação –, mas de se fazer uso de um instituto civil para fins nitidamente sancionatórios.

Até porque, no fim das contas, o objetivo é atingido: a manutenção do indivíduo sob a detenção estatal, a qualquer título, impedindo-o do convívio social, dada a sua *periculosidade*.

2 Da imposição de medida protetiva consistente em internação compulsória

Quanto à segunda situação proposta, cogitemos que a medida protetiva do art. 101, inciso VI, do ECA (“inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos”) *não* abarca a hipótese de internação compulsória, e que o §7º do art. 64 da Lei nº 12.594/12 criou hipótese inconstitucional. Leia-se o seu teor: “O *tratamento* a que se submeterá o adolescente deverá observar o *previsto na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental*” (BRASIL, 2012, grifo nosso).

A suposta inconstitucionalidade não reside na inobservância das disposições legais constantes do diploma anterior, mas

antes justamente na admissão da possibilidade de internação compulsória de socioeducandos durante o acompanhamento socioeducativo.

Para além, suponhamos também, em se cogitando a internação compulsória constitucional – ou assim a admitindo por reles homenagem à extensão do bosquejo acadêmico –, que a autoridade judicial deve se restringir, antes, à mera *suspensão* da medida socioeducativa, e não imediatamente à sua *extinção*, eximindo-se do problema social. É que, verifica-se, em várias situações, principalmente nas medidas socioeducativas de meio aberto, que o adolescente encontra-se em descumprimento da medida em razão de complicações típicas de uma eventual dependência química ou de um eventual transtorno mental.

Nesses casos, é mais *conveniente* que o juiz extinga a medida socioeducativa, sem encaminhar o adolescente para tratamento, sob o fundamento de que ele não possui capacidade para o cumprimento da medida socioeducativa. Soa-nos tal decisão uma inteligente deturpação do espírito legislativo, numa patente autoisenção da função do Judiciário. Senão, leia-se a seguinte crítica acerca de posicionamentos *confortáveis* como este: “[...] let us admit that we choose to live with the problem of juvenile delinquency because it is *less costly and more convenient* than choosing to solve it³” (BERNARD; KURLYCHEK, 2010, p. 234, grifo nosso).

³ Em tradução livre: “[...] admitamos que escolhemos conviver com o problema da delinquência juvenil porque é mais barato e mais conveniente do que escolher resolvê-lo.”

Pois bem, as medidas protetivas aplicáveis a crianças ou adolescentes portadores de transtornos mentais ou em uso abusivo de substâncias psicoativas estão previstas no ECA, em seu artigo 101, nos incisos V e VI, quais sejam: (i) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; e (ii) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos. Essas medidas de proteção podem ser aplicadas a crianças ou adolescentes isoladamente ou, no caso de adolescente em conflito com a lei, cumuladas com medidas socioeducativas.

Entende-se, portanto, que deve haver uma atuação em rede, não bastando submeter o adolescente a uma medida socioeducativa, responsabilizando-o pelo ato infracional, sem cuidar de todos os demais aspectos de sua vida (familiar, educacional, profissionalizante, de saúde, e social em geral). Nessa hipótese, são realizadas simultaneamente tanto a intervenção socioeducativa quanto a implementação de políticas de promoção e de criação de fatores de proteção para o adolescente.

Contudo, com o advento da Lei nº 12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE e regulamentou a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que pratiquem ato infracional, previu-se, no bojo do artigo 46, inciso IV, como uma das *causas de extinção* das medidas socioeducativas, a “condição de *doença grave*, que torne o adolescente *incapaz* de submeter-se ao cumprimento da medida” (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Ainda que robusta e razoável a demanda por um instrumento normativo que regulamentasse a execução de medidas socioeducativas, bem como legítima a preocupação com a condição de saúde do adolescente, é de se lamentar que o recente texto legal tenha se detido à simples menção dessa causa de extinção, sem especificar como deve ser aferida a denominada *incapacidade* do adolescente em cumprir a medida socioeducativa.

Não há na lei, embora nos pareça implícito, como pressuposto para a revogação da medida, a exigência de um laudo médico que ateste a inaptidão, nem a de um parecer da equipe técnica interdisciplinar responsável pelo socioeducando, ou sequer a obrigatoriedade de uma estipulação judicial de medida protetiva em substituição à medida socioeducativa, o que dá azo a arbitrariedades.

Imagina-se, no entanto, se realmente estaria o juiz apto à revogação da medida socioeducativa nos casos em que se constata a dependência química, ou tão somente à sua suspensão, pelo princípio da especialidade da lei. Isso porque o mesmo diploma legal dispõe, no artigo 64, §4º, em seção específica (Seção II – Do atendimento a adolescente com transtorno mental e com dependência de álcool e de substância psicoativa), o seguinte: “*excepcionalmente*, o juiz poderá *suspender* a execução da medida socioeducativa, ouvidos o defensor e o Ministério Público, com vistas a incluir o adolescente em programa de atenção integral à saúde mental que melhor atenda aos objetivos

terapêuticos estabelecidos para o seu caso específico” (BRASIL, 2012, grifo nosso).

O §7º do mesmo artigo faz, inclusive, menção à Lei nº 10.216/2001, que permite a internação compulsória, ou seja, aquela determinada pelo juiz. Não se fala, especificamente com relação ao transtorno mental e à dependência química, em cessação da intervenção socioeducativa, mas antes em *acompanhamento e tratamento* da doença psíquica.

Nesse sentido, não restam dúvidas de que a dependência química de fato se concebe como doença, assim reconhecida pela Organização Mundial de Saúde – OMS na Classificação Internacional de Doenças (CID-10) sob os códigos F-104⁴ e F-195⁵. Também o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais e de Comportamento da Associação Psiquiátrica Americana (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM) categoriza a doença como Desordem Psiquiátrica – Dependência Química: Distúrbio relacionado à substância.

Nesse sentido, o próprio ECA, instrumento normativo anterior, estabelece o atendimento integral à saúde da criança e do adolescente no § 2º do artigo 11, estipulando que:

[...] incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos

⁴ Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool.

⁵ Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de múltiplas drogas e ao uso de outras substâncias psicoativas.

relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação”. Já a Declaração Universal dos Direitos da Criança demarca como princípio que “à criança *incapacitada* física, mental ou socialmente serão proporcionados o *tratamento*, a *educação* e os *cuidados especiais* exigidos pela sua condição peculiar (BRASIL, 1990, grifos nosso).

Da mesma forma, o Pacto de São José da Costa Rica dispõe: “toda criança tem direito às *medidas de proteção* que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado” (BRASIL, 1992, grifo nosso).

Por sua vez, a Lei de Execução de Medidas Socioeducativas (Lei nº 12.594/2012) introduziu, por positivação, o princípio da *atenção integral* à saúde do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa, estabelecendo o socioeducando como detentor de absoluta prioridade na viabilização de cuidados especiais em saúde mental, incluindo os relacionados ao uso de álcool e outras substâncias psicoativas. Essa personalização do atendimento à saúde do adolescente é decorrência direta da individualização no tratamento do socioeducando, em nítida alusão ao paradigma da doutrina da proteção integral.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF/TT, na Vara de Execução de Medidas Socioeducativas – VEMSE, criada em agosto de 2012, incontáveis são os casos de aplicação de medida protetiva para tratamento ambulatorial, mediante acompanhamento pelo Conselho Tutelar e encaminhamento ao Centro de Atendimento Psicossocial (CAPSad) – Adolescentro. Ocorre que a imposição

de medidas protetivas é efetivada indiscriminadamente, sem maiores especificações acerca da demanda individualizada do socioeducando, o que certamente prejudica sua eficácia.

Já com relação à decretação de internação compulsória aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, ou à mera análise de parecer médico, familiar, técnico ou ministerial nesse sentido, afigura-se ainda muito tímida a provocação judicial. Senão, vejam-se os raros casos com entendimentos dissidentes, inclusive, quanto à competência para tais determinações:

APELAÇÃO CRIMINAL. VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO À TRÁFICO DE DROGAS. EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DO PEDIDO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. INVIÁVEL. MATÉRIACÍVEL. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVA. LIBERDADE ASSISTIDA. INVIÁVEL. CIRCUNSTÂNCIAS E CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NESTA PARTE, DESPROVIDO. (...) 2. *Incabível a apreciação da Ação de Internação Compulsória com pedido de Antecipação de Tutela no bojo deste processo, tendo em vista que se trata de matéria cível, portanto, estranha à Turma Criminal.* (...) 5. Recurso conhecido em parte, e, nesta parte, desprovido. (Acórdão n. 638960, 20120130025914APR, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 22/11/2012, publicado no DJE: 04/12/2012, p. 228).

PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. AÇÃO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. ADOLESCENTE EM CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. DIREITO À SAÚDE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. 1. *A atenção integral à saúde do adolescente que cumpre medida socioeducativa, para além da concretização de um direito previsto expressamente nos arts. 6º e 196 da Constituição Fede-*

ral, é dever do Juízo responsável pela execução de tais medidas, conforme imposto pelos arts. 49, inciso VII; 54, inciso VI; e 60, incisos III e V, todos da Lei nº 12.594/2012. 2. Por influenciar diretamente no cumprimento da medida socioeducativa imposta ao adolescente requerente da Ação de Internação Compulsória, esta deve ser processada e julgada pelo Juízo da Vara de Execução de Medidas Socioeducativas. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Vara de Execução de Medidas Socioeducativas. (Acórdão n. 826440, 20140020261447CCR, Relator: JOAO BATISTA TEIXEIRA, CÂMARA CRIMINAL, data de julgamento: 20/10/2014, publicado no DJE: 22/10/2014, p. 121).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA. RECEBIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE SEMI-LIBERDADE. DROGAS E INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I. Conforme o art. 215 do ECA, a apelação, via de regra, deve ser apenas recebida no seu efeito devolutivo, uma vez que o menor reclama pronta atuação estatal, tendo em vista sua efetiva ressocialização e recuperação, bem como o caráter preventivo, pedagógico, protetor e disciplinador das medidas sócio-educativas. II. A medida de semi-liberdade é adequada quando comprovada a prática de ato infracional grave, no caso dos autos roubo qualificado pelo emprego de arma, bem como a prática reiterada de outros atos infracionais, demonstrando que as medidas sócio-educativas anteriormente impostas não obtiveram êxito na ressocialização do representado. III. *Conforme o art. 6º da Lei nº 10.216/01, a internação compulsória, ou seja, aquela determinada pela Justiça, só deve ser decretada após a realização de laudo médico circunstanciado que caracterize os motivos da internação. Logo, não pode o magistrado determinar tal medida, sem que esteja devidamente amparado pelo devido estudo médico.* IV. Apelação conhecida e não provida. (Acórdão n. 773864, 20130910218636APR, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal,

data de julgamento: 27/03/2014, publicado no DJE: 02/04/2014, p. 175).

Por derradeiro, no juízo de conhecimento (Vara da Infância e da Juventude – VII, e Vara Regional de Atos Infracionais do Distrito Federal – VRAIJ), identificam-se poucas determinações judiciais de encaminhamento de adolescentes para internação compulsória. Repare-se, entretanto, que, ao menos à época, inexistiam clínicas especializadas que ofertassem serviços públicos de tratamento hospitalar em regime de internação para adolescentes com transtornos de abuso de substâncias. A solução, naquelas hipóteses, foi o encaminhamento desses adolescentes para tratamento em outros Estados ou em clínicas particulares, à custa do governo do Distrito Federal. Veja-se:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. INTERNAÇÃO. Não tendo a família condições de arcar com os custos do tratamento do menor, mostra-se necessária a imediata internação compulsória, *às expensas do Distrito Federal, tendo em vista ser direito à saúde de índole constitucional, consagrado, de modo especial, pelo artigo 196 da Constituição Federal.* Agravo conhecido e não provido. (Acórdão n. 542693, 20110020139563AGI, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 19/10/2011, publicado no DJE: 28/10/2011, p. 204, grifo nosso).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. MENOR DEPENDENTE QUÍMICO E PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL. PRELIMINAR. NOTIFICAÇÃO DOS FAMILIARES. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA. REJEIÇÃO. LAUDO MÉDICO CIRCUNSTANCIADO. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA MEDIDA. PREVA-

LÊNCIA DOS DIREITOS À VIDA E À SAÚDE. RESPONSABILIDADE ESTATAL.

1. Não há que se falar em notificação dos familiares para ciência da medida de internação compulsória recomendada ao adolescente, em face da ausência de previsão normativa para tanto. 2. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, oferecendo aos que não possam arcar com o seu tratamento médico os meios necessários para tanto. 3. Em conformidade com o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. 4. *Existindo nos autos laudo médico circunstanciado noticiando a necessidade e a premência de internação compulsória do adolescente para tratamento de sua condição de toxicômano em clínica especializada, revela-se admissível a adoção dessa medida excepcional, nos termos do art. 6º da Lei nº 10.216/2001.* 5. *Ante a ausência desse tipo serviço na rede pública hospitalar ou conveniada do Distrito Federal, impõe-se ao Estado o custeio de tal tratamento em clínica especializada da rede particular.* 6. Recurso conhecido e desprovido. Maioria. (Acórdão n.729534, 20110130030830APC, Relator: OTAVIO AUGUSTO BARBOSA, Relator Designado: Desembargador não cadastrado, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/09/2013, publicado no DJE: 07/11/2013, p.103).

3 Das políticas governamentais higienistas

Já na terceira situação, a abordagem consiste – é reconhecer – em medida genuinamente higienista, à semelhança das políticas americanas de tolerância zero. É expressivo o rol de recomendações, tratados, leis e princípios ignorados quando da implementação de uma política de “varredura” dos indesejáveis. Ocorre que as medidas persistem e multiplicam-se país a fora.

Logo, acompanhamos o entendimento do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, exposto por meio da publicação da nota técnica nº 2/2011, em repúdio às práticas reguladas pela Resolução nº 20, de maio de 2011, da Secretaria Municipal de Assistência Social do Rio de Janeiro, que instituiu o Protocolo de Abordagem da Pessoa em Situação de Rua, declarando a referida resolução ilegal, bem como aquelas que, em outras cidades, inobservem as normativas nacionais e internacionais que versam sobre os direitos da criança e do adolescente e as que ferem a política nacional de atendimento em saúde mental. Assim também consta de cartilha elaborada pelo próprio Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro:

É muito importante que se evite a internação de usuários de álcool e outras drogas em hospitais ou clínicas psiquiátricas, diante da necessidade de atenção e estrutura específicas para este problema. Desta forma, no caso da propositura de demanda que busque a internação compulsória do usuário, é importante que o Promotor de Justiça conheça o perfil da unidade na qual se fará a internação. Importante que seja um leito de referência para tratamento de usuários AD (álcool e outras drogas), ainda que em hospitais gerais. Repita-se: *hospitais psiquiátricos, pelas suas peculiaridades, não são o ambiente adequado para o tratamento de dependentes químicos* (MINISTÉRIO..., 2011, p. 38, grifo nosso).

Em síntese, bosquejamos, a título de hipótese, a internação compulsória como medida para *controle social* e não somente como protetiva no tratamento de adolescentes em conflito com a lei. Acresça-se, ainda, a sua afirmação como instrumento de última via, excepcional, tal qual a medida socioeducativa de internação

estrita, deve ser decretada mediante ato judicial consistente, desprovido de arbitrariedade e embasado em pareceres técnico, familiar e médico, sempre com atenção ao desenvolvimento de políticas paralelas e permanentes de saúde pelo Poder Executivo, numa atuação conjunta.

Conforme se pode notar, o tema está longe de ser simples, e, conforme já aventado, circunscreve nuances não só do Direito, mas interdisciplinares. Nesse sentido:

O sofrimento psíquico na adolescência principalmente quando projetado pelo uso abusivo de álcool e/ou de outras drogas demanda abordagem, acompanhamento e intervenções tão complexas que exigem a *concorrência de contribuições e competências multidisciplinares* (RAMIDOFF, 2012, p.128, grifo nosso).

Pretende-se, assim, um estudo sob várias perspectivas: legal, principiológica, criminológica e social, sempre com o auxílio dos pareceres da Psicologia. Mais: pressupõem-se, essas áreas, colaborando entre si, sejam capazes de construir discurso bastante convincente na contramão da concepção (tão subjetiva) da *periculosidade*, assim como são capazes de certificá-la, conferindo-a incontestável credibilidade, na defesa da lógica de um encarceramento para a perpetuidade dos portadores de transtornos mentais.

Isso porque se disfarça de política pública uma medida de controle que satisfaz a sociedade, pois higieniza as ruas e camufla

a realidade, escondendo os *párias*, mas está longe de solucionar verdadeiramente a questão.

4 Conclusão

Segundo dados fornecidos pela Diretoria de Saúde Mental – DISAM da Secretaria de Estado de Políticas para Crianças, Adolescentes e Juventude do Distrito Federal – SECRIANÇA/DF, havia, entre os meses de janeiro a abril do corrente ano, sob cumprimento de medida socioeducativa de internação estrita, um total de 8 (*oito*) adolescentes com diagnóstico de transtorno mental e 41 (*quarenta e um*) com diagnóstico de transtornos associados à dependência de drogas. Ademais, faziam uso regular de medicação psicotrópica 146 (*cento e quarenta e seis*) socioeducandos sob o cumprimento de medida socioeducativa no regime de internação estrita.

Esse quadro significativo de adolescentes portadores de transtornos mentais ou relacionados ao uso abusivo de drogas, bem como de socioeducandos que fazem uso regular de medicação psicotrópica, revela-se preocupante, uma vez que não se vislumbra nenhum atendimento especializado para esse público. Nem sempre os diagnósticos são realizados por psiquiatras, são constatações *atecnicistas* e carentes de acompanhamento médico continuado.

Não obstante, comungam da ilação de que é quadro sintomático do *adoecimento* do sistema socioeducativo tanto

os atores da socioeducação quanto a sociedade, embora a interpretação da questão possa ter nuances ligeiramente distintas.

As proposições legislativas revelam uma intenção popular de ocultar a questão da vista. O internamento se apresenta como uma pretensa *resolução*, sempre prolongando os prazos de segregação, agravando o sofrimento, abarcando mais hipóteses de acautelamento.

Nesse sentido, os *Projetos de Lei n° 7.663/2010; n° 1.144/2011; n° 3.167/2012; n° 3.365/2012; n° 3.450/2012; n° 5.251/2016; e n° 6.583/2013; e os Requerimentos n° 70/2012 CDHM; n° 6.678/2013; e n° 7/2014.*

Eis o motivo para o batismo do presente artigo de *camisa de força socioeducativa*. Em verdade, sob a evasiva resposta da socioeducação ou do tratamento, estigmatiza-se e acautela-se sem prazo de validade o jovem ou adolescente. Dopa-se, embebe-se e tapa-se o socioeducando numa rotina tormentosa, viciosa e viciante.

No entanto, já se inaugura a esperança de uma nova perspectiva para o tema – inclusiva e condigna com a dignidade humana – por meio do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n° 13.146/2015), tanto nas alterações promovidas no Código Civil quanto em suas disposições específicas, nas quais verificam-se a valorização e o respeito à autonomia da pessoa com deficiência. É, portanto, de se esperar que tal espírito legislativo se espraie e alcance também os adolescentes em conflito com a lei.

Paira, então, um único e focal questionamento sobre o tema: quando de fato *cuidaremos* das nossas crianças, adolescentes e jovens? O pavor, a desconfiança e o terror que lhes endereçamos não são capazes de bani-los ou eliminá-los. Ao revés: multiplicam a problemática e demandam maiores esforços para ignorá-la quanto maior ela se torna.

Title: Social and educational straitjacket: is compulsory hospitalization a protective measure or a punitive one for outlaw adolescents?

Abstract: This article proposes an analysis of the application of protective compulsory hospitalization measures for outlaw adolescents. Despite the legitimacy of judicial intervention to enforce the treatment of severe mental or behavioral disorders resulting from chemical dependency, it is argued that such course of action is a last resort and that it must be supported by familial and technical opinions. In addition, we examine the constitutionality and feasibility of compulsory hospitalization, considering the (in)existence of public policies or government programs for drug-addicted adolescents.

Keywords: Adolescent. Compulsory hospitalization. Social and educational measures. Drug addiction. Principle of the dignity of the human person – Brazil.

Referências

ARAÚJO, Tarso. *Almanaque das drogas*. São Paulo: Leya, 2012.

BERNARD, Thomas J.; KURLYCHEK, Megan C. *The cycle of juvenile justice*. 2nd. ed. Oxford: University Press, 2010.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983. *Diário do Congresso Nacional*, Seção 1, p.14, 1 jul. 1983. Suplemento A.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 jun. 2016.

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://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 1 jul. 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 29 jun. 2016.

BRASIL. *Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em: 29 jun. 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 27 jul. 2017.

BROWN, Edward M. Transtornos de abusos de substâncias: Seção Social. In: BERRIOS, German E.; PORTER, Roy. *Uma história da psiquiatria clínica: a origem e a história dos transtornos psiquiátricos*. Tradução de Lazslo Antônio Ávila. São Paulo: Escuta, 2012. v. 3. p. 1035-1046.

DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. Saúde mental e direitos humanos: 10 anos da Lei 10.216/2001. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, Rio de Janeiro, v. 65, n. 3, 2013. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/2290/229019298010/>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

MADDEN, J. S. Transtornos de abusos de substâncias: seção clínica. In: BERRIOS, German E.; PORTER, Roy. *Uma história da psiquiatria clínica: a origem e a história dos transtornos psiquiátricos*. Tradução de Lazslo Antônio Ávila. São Paulo: Escuta, 2012. v. 3. p. 1019-1034.

MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MINISTÉRIO Público e tutela à saúde mental: a proteção de pessoas portadoras de transtornos psiquiátricos e de usuários de

álcool e outras drogas. 2. ed. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Da coerção à coesão: tratamento da dependência de drogas por meio de cuidados em saúde e não da punição*. Documento para discussão com base em uma oficina técnica UNODC, Viena 28-30 de outubro de 2009. Nova York: Nações Unidas, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*, 1959. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 1 jul 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID-10*. Disponível em: <<http://www.bulas.med.br/cid-10/>>. Acesso em: 1 jul. 2016.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo: comentários à Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VICENTIN, Maria Cristina G; GRAMKOW, Gabriela; ROSA, Miriam Debieux. A patologização do jovem autor de ato infracional e a emergência de “novos” manicômios judiciários. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 20, n.1, abr. 2010.

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

FERNANDES, Bruna Mello de Miranda. Camisa-de-força socioeducativa: internação compulsória como medida protetiva ou como medida punitiva para adolescentes em conflito com a lei? *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 237-271, 2016. Anual.

Submissão: 4/7/2016

Aceite: 14/12/2016

Audiência de custódia: função, direito e realidade no Brasil

João Paulo Rodrigues de Carvalho

Advogado. Pós-graduado (Especialização) em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT e em Direito Público pela Faculdade Projeção. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar os contornos e a função da audiência de custódia justificada como meio de preservar o direito à liberdade do indivíduo garantindo-lhe oportunidade imediata de controle judicial e de defesa em relação ao fato que ensejou sua constrição cautelar. Conceitua-se a audiência de custódia, destacam-se a sua previsão normativa e suas finalidades. Abordou-se a questão da prisão sob a perspectiva da criminologia crítica, descrevendo teorias sobre o fenômeno criminal e propostas normativas de afirmação de direitos humanos. Segue-se analisando pesquisa empírica realizada com o objetivo da apresentação prática do problema pesquisado por meio de constatações feitas a partir de vinte audiências de custódias realizadas no âmbito do Distrito Federal. Por fim, são comparadas conclusões obtidas mediante a pesquisa teórica e a observação prática, confirmando a função preventiva dessa nova medida de política criminal em meio a sua recente implementação no ordenamento jurídico nacional.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Prisão em flagrante. Direitos humanos. Prisão preventiva. Liberdade provisória.

Sumário: Introdução. 1 Conceito. 1.1 Finalidades da audiência de custódia. 2 Criminologia e política criminal alternativa. 2.1 Direitos humanos e políticas criminais. 3 Audiências de custódia realizadas no Distrito Federal. 4 Perspectivas teóricas e práticas. 5 Conclusão. Referências.

Introdução

O Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo. Estima-se que mais de meio milhão de pessoas estão presas segundo contagem do Conselho Nacional de Justiça no ano de 2014. Dentre elas, quarenta e dois por cento estão presas provisoriamente. Diante da necessidade de uma alternativa para o cenário carcerário, a denominada audiência de custódia alinha-se ao modelo constitucional em que a prisão somente seria utilizada como última alternativa, após o devido processo legal e o trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

A restrição da liberdade por meio da prisão cautelar ou preventiva, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, somente é admitida em situações excepcionais previstas no Código de Processo Penal. No entanto, mesmo após a alteração proposta pela Lei nº 12.403 de 2011, prevendo a prisão como última alternativa das medidas cautelares, não houve a desejada repercussão jurídica diante do elevado número de prisões provisórias decretadas.

O Conselho Nacional de Justiça e alguns Tribunais de Justiça dos Estados iniciaram esforços para implementar a audiência de custódia em razão de tratar-se de uma garantia convencional, disposta na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada por meio do Decreto nº 678, em 25 de setembro de 1992, ingressando no nosso ordenamento como norma supralegal.

Outrossim, a realização de uma audiência de custódia, na qual o preso é levado ao encontro com a autoridade judicial, com

a participação do Ministério Público e da defesa do acusado, possibilita ao juiz visualizar o cidadão e decidir qual será a medida mais adequada a ser aplicada, além de propiciar a realização do controle imediato da legalidade da prisão, prevenindo e reprimindo irregularidades, como a tortura e o abuso de autoridade.

O artigo expõe a perspectiva da criminologia crítica sobre o fenômeno da criminalidade, política criminal e a normatização de direitos humanos. Em seguida, são descritos os principais aspectos referentes à audiência de custódia, como previsão normativa, conceito e finalidades. Realizou-se pesquisa empírica a partir da análise de algumas das audiências de custódias realizadas no âmbito do Distrito Federal com o objetivo de se ter uma apresentação prática e descritiva das primeiras constatações sobre tal prática. Posteriormente, exteriorizam-se as conclusões obtidas mediante o cotejo entre os elementos pesquisados e as perspectivas jurídico-sociais esperadas após a implementação da audiência de custódia no Brasil.

1 Conceito

Caio Paiva (2015) conceituou a audiência de custódia como a condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade policial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus-tratos ou tortura.

Renato Brasileiro de Lima (2015), de modo semelhante, definiu a audiência de custódia como a realização de uma audiência *sem demora* após a prisão em flagrante, permitido o contato imediato do preso com o juiz, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público.

O art. 1º da Resolução de nº 213, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre o conceito da audiência de custódia, determinando

[...] que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou da natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Fixou-se, dessa forma, o prazo de 24 horas para a apresentação da pessoa ao juiz competente a partir da comunicação do flagrante, por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante à autoridade judicial, conforme previsto no § 1º, do art. 1º, da Resolução de nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Sanou-se, assim, o imbróglio sobre o prazo de apresentação da pessoa detida ao juiz para a realização da audiência de custódia, tendo em vista a imprecisão da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em tratar do assunto utilizando a expressão *sem demora*.

Denota-se que a audiência de custódia será realizada no prazo de até 48 horas da prisão em flagrante do indivíduo,

pois a autoridade policial, após comunicar imediatamente ao juiz competente a ocorrência da prisão em flagrante, deverá encaminhar o auto de prisão em flagrante no prazo de 24 horas ao juiz competente, e a audiência será realizada em até 24 horas da comunicação do flagrante ao juiz, ato que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante à autoridade judicial.

Autoridade judicial competente é aquela disposta pelas leis de organização judiciária locais ou, diante de omissão, a definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal federal local, responsável por instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista. Ressalve-se que, quando a competência for originária de Tribunal, o preso em flagrante poderá ser apresentado ao juiz presidente do Tribunal ou ao relator designado. Quando, por qualquer motivo, não houver juiz na comarca até o final do prazo referido no art. 1º, o art. 3º prevê que a pessoa presa será levada imediatamente ao juiz substituto, observando-se o § 5º do art. 1º, no que couber.

O art. 1º, § 4º, da Resolução de nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, prevê que, na hipótese da pessoa presa acometida de grave enfermidade ou havendo circunstância excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no referido prazo, a audiência será realizada no local em que ela se encontre. Nos casos em que o deslocamento mostre-se inviável, deverá ser providenciada a condução da pessoa para a audiência de custódia

imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

O § 5º, do art. 1º da Resolução de nº 213 do Conselho Nacional de Justiça determina que o próprio Conselho Nacional de Justiça editará ato complementar a esta Resolução de modo a regulamentar os prazos para apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em Municípios ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no *caput*, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais.

O art. 2º da referida Resolução determina que o deslocamento da pessoa presa em flagrante delito ao local da audiência será da responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública, conforme disposto nos regramentos locais. Há a previsão, no parágrafo único, da celebração de convênios pelos Tribunais para viabilizar a realização da audiência de custódia fora da unidade judiciária competente.

Conforme previsto no art. 4º da Resolução “A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante,”. Assim, a partir dessa previsão, garante-se o contraditório em relação à prisão em flagrante na audiência custódia. Salienta-se que o delegado irá notificar o defensor da pessoa presa para que compareça à audiência de custódia até o término da lavratura do auto de prisão

em flagrante, por meios comuns, tais como correio eletrônico, telefone ou mensagem de texto, consignando tal informação nos autos, conforme art. 5º da Resolução.

Durante a realização da audiência de custódia “é vedada a presença dos agentes responsáveis pela prisão ou pela investigação,” conforme disposição do parágrafo único do artigo 4º da Resolução.

O art. 6º assegura o “[...] atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, [...]” antes da apresentação da pessoa presa ao juiz, sendo esclarecidos os fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia, por funcionário credenciado. O parágrafo único do referido artigo determina que “[...] será reservado local apropriado visando a garantia da confidencialidade do atendimento prévio com advogado ou defensor público” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015). Dessa forma, deverão ser disponibilizados locais adequados ao atendimento pelo advogado previamente à realização da audiência de custódia.

O art. 8º da Resolução descreve como será realizada a audiência, prevendo que o juiz fará com a pessoa detida uma entrevista na qual irá esclarecer o conteúdo da audiência, assegurando-lhe seus direitos e garantias constitucionais, dentre os quais: assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, justificando os casos em que não seja possível por escrito; cientificá-la sobre seu direito ao silêncio; questionar se lhe foram oportunizados os exercícios desses direitos

constitucionais; perguntar sobre as circunstâncias da prisão em flagrante, questionando-lhe sobre a ocorrência de tortura ou maus-tratos e adotar as providências cabíveis; verificar se houve realização regular de exame de corpo de delito ou determinar sua realização nos casos em que não tiver sido realizado, os registros se mostrarem insuficientes, a alegação de tortura se referir a momento posterior ao exame realizado e quando o exame tiver sido realizado na presença da autoridade policial, devendo ser observada a Recomendação nº 49 de 2014 do Conselho Nacional de Justiça.

Observa-se que no inciso VIII, do art. 8º da Resolução somente há a determinação para que o juiz se abstenha de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante. No entanto, diante do objetivo da audiência de controlar a legalidade da prisão em flagrante, entende-se que deveria ser proibido ao juiz questionar o detido para tal finalidade, tendo em vista não ser a sua função em razão do modelo acusatorial previsto na Constituição Federal.

O referido artigo também determina que o juiz adote as devidas providências para sanar as irregularidades constatadas e averigue hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença para a análise de encaminhamento assistencial e da concessão de liberdade provisória, sem ou com imposição de medidas cautelares.

O § 1º do art. 8º determina que, após a oitiva, o juiz oportunizará ao membro do Ministério Público e à defesa da pessoa presa a realização de perguntas sobre o ato da prisão da pessoa presa em flagrante delito, indeferindo as relativas ao mérito dos fatos e permitindo-lhes, em seguida, requerer:

- I - o relaxamento da prisão em flagrante;
- II - a concessão de liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;
- III - a decretação de prisão preventiva;
- IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Os parágrafos § 2º e § 3º do referido artigo dispõem que a oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, que ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia, que a ata da audiência conterá apenas o resumo da deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade, à manutenção da prisão ou ao cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso de constatação de indícios de tortura e maus-tratos.

O § 4º, por sua vez, prevê que, concluída a audiência de custódia, uma cópia da ata será entregue à pessoa presa em flagrante delito, ao seu defensor e ao Ministério Público, tomando-se a ciência de todos, e que apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata, seguirá para livre distribuição.

Após a decisão de relaxamento da prisão ou liberdade provisória sem ou com imposição de medida cautelar, ou de arquivamento de inquérito, salvo se por outro motivo tenha que continuar presa, a pessoa presa em flagrante será prontamente colocada em liberdade, mediante a expedição de alvará de soltura, sendo informada sobre seus direitos e suas obrigações, conforme disposto no § 5º do art. 8º.

O art. 9º prevê que deverá ser avaliada a real adequação e necessidade da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, com estipulação de prazos para seu cumprimento e para a reavaliação de sua manutenção, observando-se o Protocolo I da referida Resolução.

As Centrais Integradas de Alternativas Penais, com o auxílio de equipes multidisciplinares, deverão realizar o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão. Essas Centrais também serão responsáveis pela realização dos encaminhamentos necessários à rede de atenção à saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) e à rede de assistência social do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), bem como a outras políticas e programas ofertados pelo Poder Público, sendo os resultados do atendimento e do acompanhamento comunicados regularmente ao juízo ao qual for distribuído o auto de prisão em flagrante após a realização da audiência de custódia, conforme § 1º do art. 9º da Resolução em comento.

Destaca-se disposição prevista no parágrafo 2º do art. 9º, determinando ao juiz, ao identificar demandas abrangidas por políticas de proteção ou de inclusão social implementadas pelo Poder Público, realizar o encaminhamento da pessoa presa em flagrante delito ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, ao qual cabe a articulação com a rede de proteção social e a identificação das políticas e dos programas adequados a cada caso ou, nas comarcas em que inexistirem serviços de acompanhamento de alternativas penais, indicar o encaminhamento direto às políticas de proteção ou inclusão social existentes, sensibilizando a pessoa presa em flagrante delito para o comparecimento de forma não obrigatória.

Constata-se a necessidade de o Estado promover políticas públicas de inclusão social garantindo ao indivíduo direitos sociais, culturais e econômicos buscando proporcionar uma melhoria na sua condição de vida, como alternativa ao controle social formal.

Nesse sentido, o § 3º determina que cabe ao juiz

[...] buscar garantir às pessoas presas em flagrante delito o direito à atenção médica e psicossocial eventualmente necessária, resguardada a natureza voluntária desses serviços, a partir do encaminhamento ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, não sendo cabível a aplicação de medidas cautelares para tratamento ou internação compulsória de pessoas autuadas em flagrante que apresentem quadro de transtorno mental ou de dependência química, em desconformidade com o previsto no art. 4º da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, e no art. 319, inciso VII, do CPP (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

O art. 10 da Resolução em comento, em síntese, determina a aplicação da monitoração eletrônica de forma excepcional quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de outra medida cautelar, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto a necessidade e adequação de sua manutenção.

O art. 11 determina que quando houver declaração da pessoa presa sobre ter sido vítima de tortura ou maus-tratos ou o juiz entender que

[...] há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

O § 1º determina que a autoridade jurídica e os funcionários deverão observar o Protocolo II da Resolução em comento

[...] com vistas a garantir condições adequadas para a oitiva e coleta idônea de depoimento das pessoas presas em flagrante delito na audiência de custódia, a adoção de procedimentos durante o depoimento que permitam a apuração de indícios de práticas de tortura e das providências cabíveis em caso de identificação de práticas de tortura (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

O § 4º dispõe que

Averiguada pela autoridade judicial a necessidade da imposição de alguma medida de proteção à pessoa presa em flagrante delito,

em razão da comunicação ou denúncia da prática de tortura e maus tratos, será assegurada, primordialmente, a integridade pessoal do denunciante, das testemunhas, do funcionário que constatou a ocorrência da prática abusiva e de seus familiares, e, se pertinente, o sigilo das informações (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

O § 5º determina que, nesses casos, o juiz que realizou a audiência deverá comunicar e encaminhar os dados e as informações deles resultantes ao juiz responsável pela instrução do processo.

O art. 12 da Resolução dispõe que “o termo da audiência de custódia será apensado ao inquérito ou à ação penal.”

Por fim, o art. 13 também assegura a apresentação à autoridade judicial das “pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015). A realização da audiência nesses casos não teria a finalidade controlar a legalidade do ato, mas de verificar se o indivíduo sofreu maus-tratos no cumprimento das ordens judiciais de prisão.

1.1 Finalidades da audiência de custódia

Expostos o conceito da audiência de custódia e as disposições da recente Resolução, serão expostas suas possíveis finalidades relacionadas ao direito processual e material, visualizadas nessa política criminal.

A primeira finalidade da audiência de custódia consiste na implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro para conformar o processo penal brasileiro com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados. Não haveria nenhuma razão para aderir a um tratado caso suas disposições não fossem implementadas pelos Estados. Dessa forma, busca-se adequar o ordenamento interno aos direitos e às garantias previstos internacionalmente, voluntariamente aderidos pelo Brasil.

A segunda finalidade trata-se do controle judicial imediato à prisão, possibilitando uma análise criteriosa acerca de sua necessidade e legalidade por um juiz. A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos ressalta, em seus julgamentos, a necessidade de um controle judicial imediato da prisão para evitar prisões ilegais e arbitrárias, por meio de um julgador que irá garantir os direitos do detido e autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando necessário, tratando o cidadão conforme a presunção de inocência.

A terceira finalidade da audiência de custódia seria a de assegurar a integridade física do indivíduo privado de sua liberdade de modo a prevenir e coibir a tortura policial. Maria Laura Canineu (2013, p. 3), representante da Human Rights Watch no Brasil, ao referir-se ao assunto, alerta que:

[...] o risco de maus tratos é frequentemente maior durante os primeiros momentos que seguem a detenção quando a polícia questiona o suspeito. Esse atraso torna os detentos mais

vulneráveis à tortura e outras formas graves de maus tratos cometidos por policiais abusivos (CANINEU, 2013, p. 3).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (1999, p. 37) em julgado conhecido como *Niños de la Calle* apontou que “A pronta intervenção judicial é a que permitiria detectar e prevenir ameaças contra a vida ou sérios maus tratos, que violam garantias fundamentais também contidas na Convenção Europeia [...] e na Convenção Americana.” No mesmo julgamento, a Corte alertou que “Estão em jogo tanto a proteção da liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto no qual a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1999, p. 38). Trata-se de uma necessária atuação imediata do Estado para garantir ao indivíduo tratamento adequado durante a custódia.

Registra-se que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2004) censurou o Brasil por não ter garantido a audiência de custódia no Caso Jailton Neri da Fonseca vs. Brasil, em que o adolescente foi privado de sua liberdade sem qualquer motivo, não foi apresentado imediatamente ao juiz e não teve direito de recorrer a um tribunal para que este deliberasse sobre a legalidade de sua prisão, pois foi morto após ser preso. A citada Comissão concluiu que o único propósito da sua detenção arbitrária e ilegal foi o de matá-lo.

A Comissão Nacional da Verdade (2014) também ressaltou a função de assegurar a integridade física do indivíduo privado de sua liberdade e de coibir a tortura policial nos seguintes termos “criação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro para garantia pessoal do preso à autoridade judiciária em até 24h após o ato da prisão em flagrante, em consonância com o artigo 7º da CADH, à qual o Brasil se vinculou em 1992” (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 972). A recomendação encontra-se expressa na Parte IV, item 25, do relatório final da referida Comissão.

A quarta finalidade vislumbrada pela implementação da audiência de custódia é a garantia ao indivíduo preso dos princípios da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. O indivíduo será apresentado ao juiz competente para realizar a análise da legalidade da sua prisão com a possibilidade de ouvir o relato do preso sobre os fatos que ocasionaram sua prisão bem como a sua defesa sobre eles. Dessa forma, essa análise deixa de ser somente pela leitura do auto de prisão em flagrante, passando a garantir ao preso o direito de ser ouvido e exercer oralmente o contraditório em relação a sua prisão.

Outrossim, a audiência de custódia confere caráter humano ao processo penal ao permitir o contato direto do preso em flagrante com o juiz, possibilitando ao julgador obter um diagnóstico mais preciso sobre o caso que deverá decidir e não somente com os fatos descritos no papel.

Nesse ínterim, a ampla defesa é garantida tanto na modalidade autodefesa, oportunizando ao acusado defender-se dos fatos pessoalmente, quanto na defesa técnica, por meio de advogado ou da Defensoria Pública. Segundo dispõe o § 1º do art. 8º da Resolução do Conselho Nacional de Justiça, a defesa da pessoa presa, após a oitiva do juiz, terá a oportunidade de realizar perguntas sobre o ato da prisão da pessoa presa em flagrante delito, e, em seguida, requerer:

- I - o relaxamento da prisão em flagrante;
- II - a concessão de liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;
- III - a decretação de prisão preventiva;
- IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

2 Criminologia e política criminal alternativa

O tema é interdisciplinar e dialoga com as ciências criminais, razão pela qual expõem-se algumas propostas da criminologia sobre o sistema criminal.

A criminologia crítica percebe a criminalidade como um *status* conferido a determinados indivíduos, por meio de uma dupla seleção. A primeira seleção determina os bens a serem protegidos pelo Direito Penal e quais comportamentos seriam ofensivos a esses bens, descritos nos tipos penais. A segunda consiste em selecionar os indivíduos estigmatizados entre todos os que realizam infrações às normas penais sancionadas. Assim,

a criminalidade não é vista mais como uma qualidade inerente a determinados comportamentos de alguns indivíduos, mas como um “bem negativo”, distribuído de forma desigual conforme interesses graduados no sistema econômico e a desigualdade social entre os indivíduos (BARATTA, 2011).

O enfoque da criminologia crítica situa-se em oposição à criminologia positivista, denotando-se uma reação contra os seus postulados por meio de métodos científicos e com o objetivo de obter respostas mais coerentes para o fenômeno do delito, deixando de centrar simplesmente na figura dos delinquentes. A reação destaca-se em aprofundar nos conflitos sociais, políticos, econômicos e nas distorções nos processos de tipificação das leis penais para uma reflexão crítica e heterogênea sobre o delito.

Uma das propostas críticas consiste no enfoque do etiquetamento, ou *labelling approach*, com grande influência na criminologia do Brasil e da América Latina, formulação original de considerar o comportamento delitivo. O enfoque do etiquetamento inovou em ressaltar não haver ato delitivo por si mesmo, mas delitivo ou desviado daquilo definido pela comunidade e pelos órgãos pertencentes ao Sistema de Administração da Justiça. Desse modo, o comportamento delitivo não seria intrinsecamente composto por desvios, mas seria etiquetado, selecionado por meio de reação que provoque um fato na comunidade. Outra observação da teoria seria o fato de que muitas das pessoas que são selecionadas ao cometerem desvios, denominados atos de desviação primária, posteriormente podem mudar suas

concepções, chegando a ver a si mesmas como um indivíduo desviado, e isso passaria a contribuir para que permanecessem infringindo as leis, consistindo no tipo de desviação chamada de secundária. Esta, por sua vez, pode ocorrer como consequência do etiquetamento, implicando o afastamento de sua família, dos amigos, dificultando sua afirmação no mercado de trabalho, retirando-lhe as parcas oportunidades de viver em sociedade.

A teoria foi posta à prova empírica por volta dos anos 1980, sendo alvo de algumas críticas, dentre as quais o fato de alguns atos serem considerados intrinsecamente delitivos, das condutas que atentem contra bens jurídicos fundamentais serem delitos independentemente da reação provocada, da persecução penal fundamentar-se nas características do fato e de não ser comprovado que o etiquetamento afeta o conceito que o indivíduo possui de si mesmo. Apesar disso, recentemente surgiram novos ensaios relacionados ao enfoque do etiquetamento com hipóteses fundamentadas em métodos qualitativos e propostas mais precisas.

Dentre as novas propostas, a teoria da criminalização secundária, desenvolvida na América Latina e defendida por autores como Zaffaroni, Alagia e Slokar, distingue-se ao mudar de perspectiva e sustentar que o sistema de Administração da Justiça atua de forma altamente seletiva. A teoria explica a criminalização primária como tarefa de legislar de forma a tipificar determinadas condutas socialmente danosas como delitos. As instituições de criminalização secundária, polícia e tribunais, teriam a incumbência de executar o programa estabelecido anteriormente

por meio da criminalização primária. No entanto, os autores concluem que não haveria como perseguir todos os fatos delitivos praticados em virtude do amplo programa de criminalização criado, resultando em uma criminalização secundária altamente seletiva (ZAFFARONI et al., 2003 apud SERRANO MAÍLLO, 2013).

Essa teoria demonstra que nem todos que praticam delitos teriam as mesmas possibilidades de serem etiquetados como delinquentes pelo fato de a seleção centrar-se em fatos delitivos mais comuns e em indivíduos com menor possibilidade de se proteger e evitar o etiquetamento. Outrossim, delitos mais sofisticados e cometidos por pessoas com poder econômico elevado, por exemplo, os delitos de colarinho branco, não seriam perseguidos como a mesma disposição.

Os autores observaram que a criminalização secundária constrói um estereótipo de quem seria delinquente de tal forma que, posteriormente, a comunidade aderiria a esse constructo e passaria a acreditar que os delinquentes seriam mesmo aqueles indivíduos que correspondem ao estereótipo criado e, conseqüentemente, os perseguiriam com mais afinco. Apesar de criticar a ordem social dos países da América Latina, essa teoria aponta para o modo como a criminalização secundária pode refletir nas decisões judiciais em virtude da influência desses estereótipos culturais de criminalidade disseminados na sociedade.

A criminologia crítica, o enfoque do etiquetamento e a teoria da criminalização secundária demonstram como o

sistema criminal, a pretexto de realizar a tarefa de evitar novos crimes, estruturou-se a partir de propostas de política criminal direcionadas para a seleção de determinados indivíduos em detrimento de outros. Visualizado o problema, questiona-se sobre formas para conter esse ciclo.

Os estudos baseados no enfoque do etiquetamento demonstram a tendência da verticalização da criminalização secundária de forma a restringir o alcance do programa de criminalização. Percebe-se claramente a necessidade de corrigir o modelo criminal paradoxalmente enviesado. Ante a dificuldade na solução do problema, perscrutam-se propostas que ao menos refreiem o desequilíbrio no sistema criminal.

Estudos criminológicos, além de desmistificarem o fenômeno criminoso e o sistema criminal, apontam falhas nas propostas de políticas criminais repressivas e desproporcionais, tendo em vista mostrarem-se insuficientes para a consecução de suas finalidades. Constata-se a insuficiência de propostas comprovadamente eficazes para a prevenção de delitos.

Noutro giro, a República Federativa do Brasil, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, deve garantir ao cidadão a inviolabilidade dos seus direitos fundamentais tanto ao exercer os mandados constitucionais de criminalização quanto na formulação de políticas criminais.

Neste passo, é mandamental que o sistema criminal se oriente para a formulação de políticas criminais jungidas a princípios, normas constitucionais, tratados e convenções internacionais.

Dessa forma, a proposta da realização de uma audiência de custódia pode ser vista como uma política criminal alternativa que, ao tutelar a legalidade da prisão e assegurar a proteção de bens jurídicos, estabeleça uma estratégia de controle social de modo a evitar encarceramento cautelar desnecessário e recrudescimento do estereótipo descrito na teoria da criminalização secundária.

2.1 Direitos humanos e políticas criminais

A normatização dos direitos humanos e a previsão de garantias foram pressupostos pela teoria tradicional pretendendo diminuir ou acabar com os excessos das agências punitivas. No entanto, alguns conceberam essas propostas como privilégios individuais e não como bens coletivos. Após processo histórico, tornou-se superada a incompreensão dos direitos humanos como bens coletivos, instituindo-se a independência dos direitos humanos, patrimônio da humanidade, conquistado com a afirmação da dignidade a toda pessoa humana.

Os direitos humanos não são meros presentes, existem independentemente de sua previsão formal, devendo ser observados pelas instituições políticas, sociais, econômicas, culturais e jurídicas, legitimando suas ações. Hinkelammert, Sánchez Rubio e Herrera Flores (2002 apud CARVALHO, 2015) reivindicam a necessidade do fortalecimento da definição dos direitos humanos para além do horizonte jurídico-formal, por meio das ações das próprias instituições (político-executivas, jurídico-normativas e judiciais) pautadas nesta perspectiva, concretizando

o que Hinkelammert denominou de direito ao discernimento das instituições à luz dos direitos humanos.

Ao reprimir e exercer o poder punitivo, a intervenção estatal, a despeito de associar-se às garantias e aos direitos das pessoas, possui forte potência para superar a legalidade e ofender os direitos humanos: das vítimas, expropriando-as do conflito e revitimizando-as por meio do processo penal (vitimização secundária); dos investigados, dos réus e dos condenados, com a inobservância das regras penais e processuais penais.

Os direitos humanos podem ser vistos como postulados universais com fulcro a proporcionar condições mínimas de existência digna dos indivíduos. Todavia, não se resumem a diretrizes meramente formais. Dessa forma, entende-se que, ao invés de conformarem-se em positivá-los formalmente, as instituições deveriam constantemente atuar para promovê-los efetivamente na prática.

Nesse ínterim, a positivação da audiência de custódia, além de constituir uma previsão positiva dos direitos humanos, mencionada em convenções internacionais ratificadas pelo Brasil (a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada no Decreto nº 678, em 25 de setembro de 1992), pode servir como forma das instituições político-executivas, jurídico-normativas e judiciais pautarem suas ações à luz dos direitos humanos a fim de realmente conferir a todos indivíduos melhor tratamento e de garantir efetivamente seus direitos fundamentais.

3 Audiências de custódia realizadas no Distrito Federal

No dia 14 de outubro de 2015, por meio da Portaria Conjunta 101, de 7 de outubro de 2015, foi instituído o Núcleo de Audiência de Custódia – NAC, no âmbito da Justiça do Distrito Federal. Desde então, são realizadas as audiências em dias úteis, fins de semana e feriados.

A proposta deste trabalho consistiu em realizar um estudo de caso analisando 20 audiências de custódia realizadas no Núcleo de Audiência de Custódia do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entre os dias 6 de dezembro de 2015 e 5 de fevereiro de 2016. Pretendeu-se verificar, a partir de pesquisa empírica, se as finalidades da audiência de custódia descritas no capítulo anterior possuem correspondência prática. Desse modo, poderiam ser analisados e avaliados aspectos práticos referentes ao objeto do trabalho.

Salienta-se que a Resolução de nº 213 do Conselho Nacional de Justiça somente entrou em vigor no dia 1º de fevereiro de 2016. Assim, a maioria das audiências de custódia acompanhadas realizaram-se antes dessa data.

O tempo médio de duração das audiências de custódia foi de 15 minutos. As audiências foram realizadas em uma sala e conduzidas por um juiz. De um lado, senta-se o membro do Ministério Público; de outro, o escrivão; o defensor (advogado ou Defensor Público) senta-se à mesa em frente ao detido, que é conduzido à sala por agentes da polícia. Importa registrar que os atendimentos prévios pelo defensor aos detidos foram realizados

no corredor do Tribunal, pois ainda não havia lugar reservado para tal finalidade. Todas as audiências foram gravadas por meio de sistema audiovisual digital e armazenadas na Seção de Informática do Tribunal.

As audiências, em geral, são realizadas seguindo o rito descrito a seguir. Logo no início, o juiz esclarece ao conduzido que a audiência de custódia a ser realizada tratará somente da sua prisão em flagrante, perguntando-lhe, em seguida, seu nome, data de nascimento, profissão, renda mensal, grau de instrução, onde possui residência, ou seja, questões relacionadas à sua qualificação. Em seguida, o juiz científica o conduzido sobre seu direito de permanecer em silêncio e indaga-lhe as circunstâncias de sua prisão, quem realizou a captura, se foi levado à Delegacia de Polícia, qual tratamento recebido, se sofreu maus-tratos, se possui antecedentes e quando a prisão foi realizada.

Posteriormente, o juiz oportuniza, em primeiro lugar, ao membro do Ministério Público e, em segundo lugar, à defesa, a realização de perguntas ao conduzido sobre sua prisão em flagrante e a se manifestarem requerendo o relaxamento da prisão em flagrante, a concessão de liberdade provisória sem ou com a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, a decretação de prisão preventiva ou a adoção de outras medidas necessárias para a preservação dos direitos do conduzido. Observa-se, neste momento, o contraditório entre o membro do Ministério Público e o advogado ou defensor do conduzido.

Por fim, o juiz manifesta-se sobre a legalidade da prisão e profere decisão, explicando ao conduzido como deverá proceder em relação às medidas cautelares diversas da prisão ou a outra medida determinada. Ao final, o juiz determina o encerramento da audiência, é tomada ciência de todos em ata da audiência de custódia e entregue uma cópia ao conduzido, ao membro do Ministério Público e ao Defensor.

No universo das 20 audiências acompanhadas, 16 pessoas autuadas eram do sexo masculino e 4 do sexo feminino, representando respectivamente 80% e 20% do total. Praticamente a totalidade dos autuados relatou não possuir renda ou trabalho fixos. Com efeito, observou-se uma predominância de crimes relacionados ao patrimônio, de acordo com os crimes identificados no auto de prisão em flagrante, indicados na tabela 1 abaixo.

Tabela 1 – Categorias de crimes identificados no auto de prisão em flagrante

Descrição dos crimes	Frequência	Percentual
Violência doméstica	1	5%
Contra o patrimônio sem violência	4	20%
Drogas	5	25%
Contra o patrimônio com violência	10	50%
Total	20	100%

Fonte: audiências de custódia realizadas no Núcleo de Audiência de Custódia do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entre os dias 6 de dezembro de 2015 e 5 de fevereiro de 2016.

Conforme os registros dos autos de prisão em flagrante, 45% (quarenta e cinco por cento) do total das prisões em flagrante ocorreram nas Regiões Administrativas de Ceilândia e Taguatinga. Registra-se que a população das duas regiões somadas resulta em mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes.

A restituição da liberdade dos autuados por meio da concessão de liberdade provisória cumulada com medidas diversas da prisão, dentre elas, as de proibição de mudança de residência sem a permissão do juízo processante, a proibição de se ausentar do local onde reside sem informar o juízo e a de comparecimento mensal ao juízo, ocorreu em 70% (setenta por cento) das audiências, ou seja, por 14 (quatorze) vezes, conforme indicado abaixo na Tabela 2.

Tabela 2 – Frequência das decisões nas audiências de custódia assistidas

Decisões	Frequência	Percentual
Relaxamento da prisão em flagrante	0	0%
Liberdade provisória sem aplicação de medida cautelar diversa da prisão	0	0%
Liberdade provisória com aplicação de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP)	14	70%
Decretação da prisão preventiva	6	30%
Total	20	100%

Fonte: audiências de custódia realizadas no Núcleo de Audiência de Custódia do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entre os dias 6 de dezembro de 2015 e 5 de fevereiro de 2016.

Nas seis decisões que resultaram na conversão das prisões em flagrante em prisão, o fundamento, em geral, consistiu em demonstrar insuficiente a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão diante da presença dos requisitos da prisão preventiva, dispostos nos artigos 282, § 6º, 312 e 313, do Código de Processo Penal, ressaltando-se a medida como na garantia da ordem pública.

Tabela 3 – Frequência das decisões nas audiências de custódia nas categorias de crimes

Descrição dos crimes	Liberdade provisória	Prisão preventiva	Percentual prisão preventiva
Violência doméstica	0	1	100%
Contra o patrimônio sem violência	4	0	0%
Drogas	3	2	66,6%
Contra o patrimônio com violência	7	3	42,8%

Fonte: audiências de custódia realizadas no Núcleo de Audiência de Custódia do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entre os dias 6 de dezembro de 2015 e 5 de fevereiro de 2016.

Observou-se maior frequência de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva nos crimes relacionados ao tráfico ilícito de drogas e nos de violência doméstica. No tocante

aos crimes contra o patrimônio com violência percebeu-se a conversão em praticamente 42% (quarenta e dois por cento) dos casos. Salienta-se que, em média, são realizadas 30 audiências de custódia por dia no Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Importante registrar que em duas audiências os autuados relataram maus-tratos por parte dos agentes policiais, representando 10% (dez por cento) do total das audiências estudadas. Nesses casos, o juiz ordenou o envio de ofício e uma cópia da ata de audiência de custódia para a Corregedoria da Polícia Militar do Distrito Federal e à Promotoria de Controle Externo para que sejam tomadas as providências cabíveis.

Dessa forma, percebe-se que uma das finalidades da audiência poderá ser cumprida, isto é, a de prevenir a tortura aos presos em flagrante. No entanto, percebe-se a necessidade do cumprimento das disposições da Recomendação 49 do Conselho Nacional de Justiça, bem como do Protocolo II da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, por todas as instituições do sistema penal para que a finalidade de prevenção de maus-tratos e de tortura seja concretizada efetivamente.

Em três casos, os autuados manifestaram o desejo de realizar tratamento devido ao uso abusivo de drogas, representando 15% (quinze por cento) do total dos casos apresentados. Nesses casos, há determinação do juiz para encaminhamento da ata da audiência de custódia e envio de ofício ao Centro de Atenção Psicossocial (CAPs). Ressalta-se que atualmente existem cinco

Centros de Atenção Psicossocial no Distrito Federal, criados para ressocialização de usuários do sistema de saúde mental.

Em todas as audiências de custódia assistidas, os indivíduos foram conduzidos à sala algemados e acompanhados de agentes da polícia, razão pela qual o Defensor Público presente registrou o descumprimento do disposto na Súmula Vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal, alegando falta de justificativa da manutenção das algemas nos autuados.

Verificou-se que somente duas pessoas constituíram advogados para audiência de custódia. Dessa forma, a defesa de 18 (dezoito) pessoas foi realizada por meio da Defensoria Pública, representando 90% (noventa por cento) do total. Depreende-se, nesse contexto, a falta de condições financeiras de grande parte dos autuados.

Observou-se, ainda, que as entrevistas com os autuados foram realizadas no corredor do tribunal, pois ainda não havia local disponível para entrevista reservada do defensor com a pessoa presa.

4 Perspectivas teóricas e práticas

Inferem-se, posteriormente ao cotejo entre as proposições teóricas e as audiências de custódia acompanhadas, as seguintes observações.

A primeira finalidade, citada no primeiro capítulo, de ajustar o processo penal brasileiro às disposições dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados parece ter eficácia.

A realização da audiência de custódia implementa ao ordenamento jurídico nacional previsão disposta na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH), no Pacto de San José da Costa Rica e no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP) ratificados pela República Federativa do Brasil.

A segunda finalidade apontada, de controlar a legalidade da prisão em flagrante imediatamente após a sua realização por um juiz, possibilita uma análise sem demora da prisão cautelar, evitando, de fato, prisões arbitrárias e sem amparo legal, em acordo com o princípio da presunção de inocência. Levando-se imediatamente ao Judiciário a questão da prisão em flagrante, evita-se o prolongamento da prisão do indivíduo antes do controle de legalidade realizado por uma autoridade judicial com poder de relaxar ou revogar a prisão.

Uma outra finalidade relacionada com a anterior seria a de viabilizar, logo após à prisão em flagrante do indivíduo, a aplicação eficaz das medidas cautelares, introduzidas após o advento da Lei nº 12.403 de 2011. Isso possibilita ao juiz realizar juízo de proporcionalidade, de forma que prisão preventiva somente ocorra quando nenhuma das medidas forem necessárias para a aplicação da lei penal ou adequadas à gravidade do crime, conforme art. 282, caput, e § 6º, do Código de Processo Penal.

A finalidade de prevenir e coibir maus-tratos e tortura policial por meio da realização de uma audiência apenas poderá ser verificada no futuro, devido à dificuldade em detectar e tolher essa prática.

Dessa forma, impor a condução do preso em flagrante nas primeiras 24 horas após a prisão poderá, ao menos, diminuir os casos de maus-tratos e tortura policial. Vislumbra-se que as instituições poderão direcionar seus atos evitando abusos por parte de seus integrantes. Ademais, o Ministério Público poderá ter acesso a elementos para promover um controle externo mais eficaz da atividade policial, função institucional prevista no art. 129, inciso VII, da Constituição Federal.

Percebe-se que audiência de custódia garante o contraditório e a ampla defesa ao indivíduo em relação a sua prisão em flagrante, em conformidade com o art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. Assim, o indivíduo poderá apresentar sua versão em relação às circunstâncias que ocasionaram a sua prisão, possibilitando que ele realize oralmente sua autodefesa bem como disponha de uma defesa técnica realizada por advogado ou Defensoria Pública.

Destaca-se o caráter humano conferido ao processo penal, ao permitir o contato direto do preso em flagrante com o juiz, possibilitando ao magistrado obter um diagnóstico mais preciso sobre a situação e não apenas a partir da leitura do auto de prisão em flagrante. Dessa forma, o juiz poderá ouvir tanto o indivíduo preso como a opinião do membro do Ministério Público e da defesa antes de proferir sua decisão em relação ao caso.

No entanto, conforme descrito anteriormente, a proposta de realização de uma audiência de custódia como uma política criminal alternativa a prevenir novos crimes e evitar a

antecipação da criminalização secundária resta imprecisa pelas seguintes razões.

Nas audiências de custódia pesquisadas, na maior parte dos casos, os indivíduos residiam em locais com alta incidência de delitos, possuíam baixo grau de instrução (maioria com ensino fundamental e médio incompletos), precárias condições financeiras e, conseqüentemente, ainda carentes de direitos fundamentais.

Dessa forma, as disposições previstas no art. 9º, §§ 1º, 2º e 3º, da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, como o encaminhamento a políticas públicas e programas ofertados pelo poder público para promover a inclusão social, por exemplo, podem ser vistas como estratégias de controle social que deverão ser utilizadas para obtenção de resultados mais eficazes e menos seletivos.

No regramento da audiência realizado pela resolução, o Conselho Nacional de Justiça direciona-se a estabelecer uma padronização do procedimento que provavelmente será reavaliado no decorrer do processo de sua implementação nacional.

A alteração do Código de Processo Penal para positivar a audiência de custódia deverá compreender as proposições incluídas na resolução citada de modo a incluí-las no âmbito legal e conferir maior legitimidade ao ato. Todavia, a alteração normativa demanda necessário cuidado com a coerência e a higidez do sistema processual penal.

Destarte, ainda não há como afirmar que a audiência de custódia terá o condão de evitar o aumento do número de pessoas presas no Brasil. Encerrada a audiência, o auto de prisão em flagrante, os antecedentes e a cópia da ata da audiência de custódia seguirão para livre distribuição. O processo penal ainda poderá iniciar-se após o recebimento da denúncia e finalizado com uma sentença condenatória a uma pena de prisão. Assim, o ato em questão, audiência de custódia, diz respeito propriamente ao controle de legalidade da prisão em flagrante em momento pré-processual.

Todavia, demonstra-se, conforme os resultados registrados, a potencialidade de diminuir o número de presos sem condenação definitiva, conferindo caráter de *ultima ratio* à prisão cautelar, decretada somente quando nenhuma das outras medidas cautelares for suficiente ao fato.

Não consiste em justificativa para negar o implemento das audiências de custódia as alegações relacionadas a falta de estrutura, de equipamento e de agentes para conduzir a pessoa presa ao encontro do juiz. Os problemas estruturais não podem justificar a negação de direitos. Contudo, entende-se que a adoção da audiência de custódia poderá servir como meio de melhorar e superar os referidos problemas estruturais do Estado.

Fauzi Hassan Choukr (2015?) observa que o procedimento cautelar reflete o modo inquisitivo como ainda é tratado o processo penal, não sendo cogitada sua alteração pela normatização atual. Outrossim, dificulta-se a alteração do paradigma cultural

relacionado à apuração cautelar sem uma devida reforma do procedimento cautelar.

Apreende-se que a adaptação ao novo procedimento, substancialmente oral e dinâmico, demandará tempo e empenho das instituições envolvidas. Todavia, não há a disposição de elementos qualitativos e quantitativos concretos para uma avaliação mais minuciosa sobre os efeitos das audiências em comento.

Contudo, resta saber como a medida em questão será utilizada para definir se possuirá maior proximidade a uma política criminal ou a uma política penal propriamente dita.

Adiante, resta observar se a medida terá o efeito transformador de política pública ou somente de política penal regulamentadora da função punitiva do Estado. Todavia, persiste-se na expectativa de que a iniciativa possa servir como forma de induzir a uma alteração do modelo de justiça penal e de promover uma reforma profunda do sistema penal.

5 Conclusão

Observou-se uma mudança na dinâmica do processo penal, introduzida por meio da audiência de custódia, conferindo-lhe caráter humano ao permitir o contato direto do preso em flagrante com o juiz, desburocratizando e possibilitando um célere controle da custódia cautelar. Desse modo, tutela-se o direito à liberdade do indivíduo, garantindo-lhe oportunidade imediata de

controle judicial e de defesa em relação ao fato que ensejou sua constrição cautelar.

A inclusão da audiência no sistema processual penal brasileiro poderá servir como forma de induzir a alteração do modelo de justiça penal e de promover uma reforma substancial no processo penal. A iniciativa da audiência de custódia originou-se como forma de diminuir problemas relacionados ao sistema carcerário brasileiro, trazendo à lume o seu grave panorama. Nesse ínterim, a implementação desta audiência no Brasil demonstra a necessidade de adequar o sistema processual penal em às normas expressas na Constituição e nos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. Além disso, garante ao preso o controle de legalidade de sua prisão por um juiz em prazo não superior a 24 horas, conferindo-lhe, na mesma ocasião, defesa técnica em consonância com os princípios da ampla defesa e do contraditório. A teoria com enfoque no etiquetamento retrata como a dupla seletividade promovida pelo sistema penal parece ser direcionada a determinados indivíduos, conforme alertado pela criminologia crítica, refletindo em um controle social limitado conforme interesses graduados no sistema econômico e realçada pela desigualdade social, não alcançando, na mesma medida, os *criminosos de colarinho branco*, por exemplo. Assim, com a audiência de custódia há a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão a esses indivíduos presos em flagrante, evitando estigmatizá-los prematuramente com aprisionamento.

Demonstrou-se, na prática, por meio das audiências de custódia estudadas, a efetiva potencialidade para reduzir o número de presos provisórios sem condenação definitiva. Dessa forma, confere-se o caráter de *ultima ratio* à prisão cautelar quando ineficazes e insuficientes as outras medidas cautelares dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal, de acordo com a alteração promovida pela Lei nº 12.403 de 2011.

A audiência de custódia poderá servir como ferramenta para identificar a necessidade de promoção de políticas públicas aos indivíduos carentes de forma a garantir-lhes proteção e inclusão social, conforme constatado partir das audiências acompanhadas.

Ademais, constata-se que a audiência de custódia, objetivamente, possui função preventiva, prevenindo a ocorrência de prisões ilegais, desnecessárias e o cometimento de maus-tratos aos indivíduos presos em flagrante delito.

Noutro giro, conclui-se que, além de consistir em uma previsão positiva dos direitos humanos, expressos em convenções internacionais ratificadas pelo Brasil (a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada no Decreto nº 678, em 25 de setembro de 1992), a audiência de custódia poderá cumprir alvissareira função de fazer com que as instituições político-executivas, jurídico-normativas e judiciais brasileiras pautem suas ações à luz dos direitos humanos.

Percebe-se que a regulamentação da audiência em questão por meio de Resolução do Conselho Nacional de Justiça não visa usurpar a competência do Congresso Nacional, mas garantir a

eficácia de direito previsto em tratados internacionais de direitos humanos, com *status* de norma supralegal, situada abaixo da Constituição e acima das normas infraconstitucionais, conforme posição do Supremo Tribunal Federal.

Neste ínterim, a demora na tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011, suas alterações e as reiteradas impugnações aos instrumentos que visam implementar a audiência de custódia no ordenamento jurídico nacional demonstram visível resistência à aprovação de medidas com escopo de adequar o nosso sistema processual às convenções internacionais ratificadas contendo garantias compatíveis com a Constituição Federal de 1988.

Os achados do presente artigo mostram que se trata de medida positiva consentânea com garantias constitucionais e internacionais, como direito de defesa, contraditório, acesso à justiça, tutela da integridade física e da liberdade, enfatizando suas implicações para a prática de futuras pesquisas, na medida em que tal achado implica necessidade de adequação da legislação processual penal com os instrumentos jurídicos baseados em política criminal preventiva.

Title: Custody hearing: function, law and reality in Brazil.

Abstract: This study aims to demonstrate the outline and function of the justified custody hearing as a means of preserving the right to freedom of the individual, guaranteeing them immediate opportunity to judicial review and defense in relation to the fact which caused their preventive detention. First, it shows the concept of the custody hearing, its legal provisions and its purposes. The question of the arrest from the perspective of the critical criminology is approached, with a description of the criminal

phenomenon and the legal proposals for affirming the human rights. Afterwards, empirical research is analyzed with the goal of presenting in practical terms the problem studied by means of ascertainties made on the basis of twenty custody hearings held within the ambit of Distrito Federal. Finally, conclusions obtained through theoretical research and practical observation are compared, confirming the preventive function of this new criminal policy measure amid its recent implementation in the national legal system.

Keywords: Custody hearing. Arrest in flagrante delicto. Human rights. Preventive detection. Bail.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e a crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

CANINEU, Maria Laura. O direito à audiência de custódia de acordo com o direito internacional. *Informativo Rede Justiça Criminal*, ano 3, edição 5, 2013. Disponível em: <<https://redejesticriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Audiência de Custódia: resultados preliminares e percepções teórico-práticas*. 2015? Disponível em: <https://www.academia.edu/18010764/Audiência_de_Custódia_-_Resultados_preliminares_e_percepções_teorico-práticas>. Acesso em: 10 mar. 2016.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (Brasil). *Relatório*. Brasília: CVN, 2014. 3 v. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL). *Resolução nº 213 de 15/12/2015*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe nº 33/4: caso 11.634: fondo Jailton Neri da Fonseca Brasil*. 11 mar. 2004. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Brasil.11634.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso; PRADO, Luiz Regis. *Curso de criminologia*. 2. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

CARVALHO, João Paulo Rodrigues de. Audiência de custódia: função, direito e realidade no Brasil. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 273-313, 2016. Anual.

Submissão: 17/6/2016

Aceite: 14/10/2016

Os prazos processuais e suas inovações no novo Código de Processo Civil

José Amilton Torquato

Analista Judiciário - Área Processual - no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Direito e Políticas Públicas Uni-CEUB (2016). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - Uni-CEUB. Licenciado em Letras - Português e Espanhol pela Universidade Estadual do Ceará. Especialista em Direito Processual Civil pelo ICAT-Uni-DF. Especialista em Ciências Penais pela Uniderp - Rede de Ensino LFG.

Resumo: Com o advento da Lei nº 13.105/15, que introduz o novo Código de Processo Civil no Brasil, muitas alterações ocorreram no sistema processual brasileiro, com significativas mudanças em relação aos prazos processuais. Dentre as mudanças trazidas, sem dúvida, destacam-se a regra que estabelece a contagem dos prazos, quando fixados em dias ou estabelecidos pelo juiz, que passa a ser em dias úteis e a unificação dos prazos recursais em 15 (quinze) dias, salvo no caso dos Embargos de Declaração. Este artigo tem como principal objetivo analisar as mudanças trazidas pelo novo código de processo civil, mais especificamente, as mudanças nos prazos processuais e o critério de contagem desses prazos que, em regra, passa a ser em dias úteis. Por último, há um quadro comparativo entre os prazos no Código de Processo Civil de 1973 e o novo código, com o objetivo de melhor demonstrar ao leitor as alterações ocorridas.

Palavras-chave: Processo civil. Prazos processuais. Novo Código de Processo Civil. Critério de contagem. Unificação dos prazos recursais.

Sumário: Introdução. 1 Conceito. 2 Classificação dos prazos. 2.1 Quanto à fonte. 2.1.1 Legais. 2.1.2 Judiciais. 2.1.3 Convencionais. 2.2 Quanto aos destinatários. 2.2.1 Prazos comuns. 2.2.2 Prazos particulares. 2.2.3 Prazos próprios. 2.3.4 Prazos impróprios. 2.4 Quanto à prorrogabilidade. 2.4.1 Os prazos dilatatórios. 2.4.2 Prazos peremptórios. 3 A contagem dos prazos. 4 Os prazos processuais e novo Código de Processo Civil. 4.1

O critério de contagem dos prazos. 5 Prazo para carga rápida. 6 Prazos processuais. 7 Considerações finais.

Introdução

O objetivo deste artigo é fazer uma análise sobre os prazos processuais civis, mormente a respeito das mudanças trazidas com o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), quanto aos critérios de contagem, aspecto que passou por significativas e profundas mudanças em relação ao CPC de 1973.

Sem dúvida, essa modificação já vem sendo objeto de críticas por parte de alguns doutrinadores e de elogios por outros. Afinal, a contagem dos prazos processuais em dias úteis é melhor para o andamento do processo ou se tornará mais um instrumento de lentidão da Justiça? Esses aspectos serão analisados no decorrer desse trabalho.

As inovações trazidas pelo novo código não se limitam apenas à contagem do prazo em dias úteis. Outras mudanças, e até situações que antes não se encontravam reguladas na legislação, agora estão reguladas, como a situação em que a parte precisa dos autos do processo por curto espaço de tempo, a chamada carga rápida, caso em que uma das partes pode retirar os autos do processo da Secretaria do Juízo, pelo prazo de 2 (duas) até 6 (seis) horas, independentemente de ajuste com a parte contrária e sem prejuízo da continuidade do prazo (art. 107, § 3º, CPC).

O novo sistema também elimina a polêmica que existia na jurisprudência sobre os prazos para os núcleos de prática das

faculdades de Direito. Agora, enfim, foi reconhecido também o prazo dobrado para esses núcleos. Os prazos continuam em dobro quando há litisconsortes com advogados diferentes, mas essa regra parece ter um prazo de existência, pois somente se justifica enquanto estivermos na era do processo físico. Quando o processo eletrônico for implementado por completo, esse prazo dobrado não se justificará mais.

Com o novo código, temos a regulamentação daquilo que a jurisprudência resolveu chamar de “recurso prematuro”, caso em que o ato recursal era interposto antes da publicação oficial da decisão impugnada. Agora, o § 4º do artigo 218 afasta qualquer dúvida a esse respeito ao afirmar que se considera tempestivo o ato praticado antes mesmo do início do termo inicial do prazo.

O artigo não tem nenhuma pretensão de esgotar o tema. O objetivo aqui é trazer as questões para reflexão e indicar um ponto de vista, porém, sempre respeitando os entendimentos em sentido contrário.

1 Conceito

No plano etimológico, a palavra prazo origina-se do latim *placitus* e significa dia aprazado (CUNHA, 1982, p. 628). Nas palavras de (SILVA, 1940, p. 37), “[...] é o espaço de tempo que se concede para a execução de um ato ou para o cumprimento de uma diligência”. O vocábulo prazo serve para indicar o lapso temporal entre dois termos, um inicial e outro final. Não somente de prazos os atos processuais se ocupam, também de momentos

ou termos (SANTOS, 2004, p. 296). Portanto, quanto ao conceito do termo prazo, não encontramos maiores dificuldades, sendo facilmente perceptível que se cuida de um espaço de tempo para que seja praticado algum ato no processo.

Por esse conceito, já percebemos que prazo e tempo são conceitos bem diferentes. Tempo é visto como uma das características gerais da exterioridade relativa ao pensamento. O tempo comporta uma divisão linear em três planos: o passado, o presente e o futuro. Medir o tempo foi uma das invenções humanas das mais interessantes, sempre trazendo uma carga de natureza subjetiva porque cada um pode senti-lo de maneira diversa, de acordo com a situação vivida naquele momento. Pois, se estamos vivendo momento agradável, a noção de tempo passa rápido. No entanto, se estamos passando por uma situação dolorosa, normalmente, achamos que o tempo passa lentamente. “O Homem, pela sua condição mortal, é afetado pelo tempo de uma maneira diferente da do espaço. Este é irreversível, o que pode causar angústia pelo fim inexorável” (TEMPO..., 2003-2017).

Quando nos referimos ao processo, seja em quaisquer de suas acepções, vem-nos à mente a ideia de tempo. Inimaginável pensar em processo sem fazer uma relação desse fenômeno com a noção de tempo. Falando sobre a relação entre tempo e processo, vale observar a lição de Duarte (2009, p. 35).¹

¹ “O tempo exerce importante influência na vida do processo. O próprio vocábulo *processo* sugere a ideia de *tempo*, na medida em que é considerado um *caminhar adiante*. Entre o nascimento do processo e a sua extinção, existe um lapso temporal, que pode ser curtíssimo (indeferimento da

O processo, inevitavelmente, é uma sequência de atos e, por isso, precisa de uma ordem regrada. Nessa linha, caminha Oliveira (2001) para quem o formalismo processual traz consigo a ideia de processo como fenômeno organizador da desordem, proporcionando-lhe previsibilidade sobre todo o comportamento das partes. Ora, se o processo não trilhasse por um caminho previamente determinado, de forma que cada ato fosse praticado em seu devido tempo e lugar, não seria custoso perceber que o litígio desembocaria em uma disputa desordenada, sem nenhuma limitação ou garantia para as partes, prevalecendo a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário.

O prazo, por sua vez, é resultado da criatividade humana. Decorre de um fatiamento do tempo, por isso, encontramos o tempo dividido em segundos, minutos, horas, dias, anos etc.

Podemos de alguma forma alterar um prazo, mas não o tempo que corresponde a esse interregno. Dois contratantes podem acordar em prorrogar o prazo fixado para a entrega de determinado bem, mas não podem dilatar o tempo, de forma acrescer esse lapso no tempo de suas vidas, visando anular o prejuízo causado pela demora da entrega da prestação convencionada (RORIZ, 2013).

inicial e ausência de recurso do autor) ou extremamente longo (algumas demandas, como visto, podem levar mais de 20 anos para ser concluídas), dependendo de inúmeras variáveis (complexidade da causa, número de partes envolvidas, estrutura do órgão judicial, acessibilidade dos meios de prova, comportamento das partes, etc.). Dentro desse lapso temporal, há uma extensa gama de atos, decisões e situações – que integram o procedimento e são imprescindíveis para o julgamento da causa – que influem decisivamente no tempo total de duração do feito.” (DUARTE, 2009, p. 35).

O processo é o instrumento técnico utilizado, fundamentalmente, com o objetivo de resolver conflitos por que passam os integrantes da sociedade. Materializa-se por uma sequência de atos que se sucedem em determinado espaço temporal. Como se cuida de instrumento que almeja a paz social, nada mais justo que o processo, tendo em vista sua finalidade principal, termine no mais curto espaço de tempo possível, mas não tão rápido a ponto de suprimir o direito de defesa da parte contrária. Os prazos processuais existem para evitar que o processo se prolongue por tempo indeterminado, comprometendo, assim, seu objetivo e para que não se encerre em prazo demasiadamente curto, prejudicando o direito à defesa.

2 Classificação dos prazos

Várias são as classificações dos prazos. Como a grande maioria dos institutos jurídicos, também não há unanimidade na doutrina a esse respeito. Apontamos aqui a classificação, ao nosso sentir, mais difundida pelos estudiosos do tema.

2.1 Quanto à fonte, os prazos são classificados em legais, judiciais e convencionais

2.1.1 Legais

São os prazos fixados pela lei (SANTOS, 2004, p. 306). É a regra geral, como se infere da leitura do art. 177, CPC/1973, ao afirmar que os atos processuais realizar-se-ão nos prazos prescritos em lei. Essa redação encontra-se praticamente reproduzida no art.

218, da Lei 13.105/15, “[...] os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.”

2.1.2 Judiciais

São os prazos fixados pelo juiz, quando a lei é omissa ou quando existe uma margem dentro da qual o juiz pode estabelecer o prazo para a prática de determinado ato. Como exemplo dessa situação, encontramos o previsto no art. 491 do CPC ao dizer que o prazo da citação na ação rescisória será fixado pelo juiz, de maneira que não seja inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta). Parte da doutrina, no entanto, classifica essa modalidade de prazo como misto (FERRAZ, 2001, p. 120).

2.1.3 Convencionais

São aqueles prazos fixados por convenção das partes. Como ensina Dias (2003, p. 104), fazem parte dessa espécie de prazos, os dilatatórios. “É que as partes podem, de comum acordo, requerer a redução ou prorrogação dos prazos, desde que estes sejam dilatatórios.”

2.2 Quanto aos destinatários, os prazos são classificados em comuns e particulares, próprios e impróprios

2.2.1 Prazos comuns

São aqueles fixados para ambas as partes visando à prática de determinado ato processual, como exemplo, Santos (2004, p. 307) indica a sentença que acolhe parcialmente o pedido do autor,

caso em que poderão recorrer ambas as partes no prazo comum de 15 (quinze) dias.

2.2.2 Prazos particulares

São aqueles que se dirigem apenas a uma das partes, como exemplo, Santos (2004, p. 307) aponta o prazo para contestação, que se destina apenas ao réu da demanda. É possível, no entanto, que um prazo inicialmente particular possa se transformar em prazo comum, basta pensarmos no exemplo do prazo de contestação, que inicialmente é um prazo particular, mas que, se a demanda tiver dois réus, passa a ser comum. Ainda sob esse critério de classificação, os prazos podem ser também classificados como especial Dias (2003, p. 105)². Possível, portanto, que essa classificação se apresente apenas como prazo comum e especial.

2.2.3 Prazos próprios

São aqueles atribuídos às partes, podendo ser a ambas ou apenas a uma delas. A não observância de tais prazos pelas partes traz consequências de natureza processual. Como, por exemplo, o réu que, devidamente citado, não oferece contestação no prazo legal assume o ônus de ficar sem defesa durante o processo (SANTOS, 2004, p. 307).

² “Uma outra classificação poderia ser feita acerca dos prazos: especial, seria aquele que beneficiaria apenas uma das partes. Assim, os prazos em dobro assinados à Fazenda Pública e ao Ministério Público (art. 188); individual, aquele que transcorreria apenas para uma das partes” (DIAS, 2003, p. 105).

2.3.4 Prazos impróprios

São os prazos destinados ao juiz e aos serventuários da justiça de um modo geral. Importa destacar que o não cumprimento de tais prazos traz consequência de natureza meramente administrativa. No entanto, é possível que o descumprimento de um prazo impróprio possa ocasionar efeito de ordem processual, de acordo com o mandamento do art. 198, parte final, do atual CPC (SANTOS, 2004, p. 369).

2.4 Quanto à prorrogabilidade ou quanto à imperatividade da norma fixadora

Esses prazos podem ser dilatatórios e peremptórios. O principal aspecto diferenciador entre prazo dilatatório e peremptório reside exatamente na possibilidade de os dilatatórios poderem ser alterados pela vontade das partes, enquanto que os prazos peremptórios, em regra, não permitem essa possibilidade.

2.4.1 Prazos dilatatórios

Como o próprio nome indica, são aqueles prazos que podem ser dilatados ou reduzidos de acordo com a vontade das partes, como se infere da leitura dos arts. 181 e 182 do CPC. Dias, (2003, p. 105)³ afirma que ainda há muita divergência na doutrina brasileira a respeito dessa modalidade de classificação.

³ “No entender da doutrina italiana, os prazos classificam-se de duas maneiras: primeiramente, em função do andamento do processo, dividindo-se em dilatatórios e aceleratórios; e, em segundo lugar, a classificação que deve ser feita em relação aos prazos aceleratórios, dividindo-os em ordinatórios e peremptórios.

2.4.2 Prazos peremptórios

Segundo Dias (2003, p. 105), seu conceito é retirado da redação do art. 182 do CPC, primeira parte, ao dizer que “é defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios”. Ferraz (2001, p. 132) leciona que: “Para Couture, portanto, prazos peremptórios, produzem a caducidade do direito, sem necessidade de atividade alguma nem do juiz nem da parte contrária.” Por essa forma, a extinção do direito se produz pela natureza do prazo, ou seja, por determinação da lei. Neste caso, vencido o último dia, extingue-se definitivamente a possibilidade de realizar o ato processual.

Em oposição aos prazos peremptórios, que produzem uma caducidade automática, encontram-se os não peremptórios. Nestes, é necessário um ato da parte contrária para produzir a caducidade do direito processual. Ou seja, a parte tem que levar ao conhecimento do juiz da causa a omissão da outra em praticar determinado ato processual.

Os dilatatórios são os que devem transcorrer para que se possa realizar um ato ou se passar para uma fase seguinte do processo. Enquanto os aceleratórios são aqueles dentro dos quais deve se praticar um determinado ato processual.

[...] é de se notar que na sistemática do Código de Processo Civil os conceitos de prazos dilatatórios e peremptórios divergem dos adotados pela escola clássica. Buscando conciliar a conceituação legal com a escola clássica que foi influenciada pela doutrina italiana, os doutrinadores brasileiros vêm causando muita polêmica, conceituando prazos dilatatórios e peremptórios das formas mais variadas, sem contudo chegar a um consenso” (DIAS, 2003, p. 108).

Portanto, a característica principal dos prazos peremptórios é, em regra, não admitir prorrogação.

A doutrina, no entanto, não é uníssona nesse sentido. Ensina Marcos Valls Feu Rosa, que:

Não há qualquer óbice, entretanto, a que se requeira alteração de prazos peremptórios alegando-se quaisquer das circunstâncias excepcionais previstas no artigo 182 do Código de Processo Civil. Aliás, em tais circunstâncias, seria mesmo possível a alteração de ofício de prazos peremptórios.

A regra da inalterabilidade dos prazos peremptórios, portanto, não é absoluta. Depende tão somente da vontade das partes, ou seja, os prazos peremptórios são inalteráveis por convenção das partes, como regra, mas não o são, todavia, nas hipóteses previstas na parte final do artigo 182 do Código de Processo Civil (ROSA, 1995, p. 31).

O artigo 222, § 1º, do atual código, sancionado no dia 16 de março de 2015, diz que “[...] ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes”. A mudança é significativa, pois, a partir de agora, os prazos peremptórios somente não poderão ser alterados por ato isolado do juiz, mas havendo acordo entre as partes, pode, perfeitamente, ser modificado.

3 A contagem dos prazos

Sabemos, e parece não haver maiores discussões a esse respeito, que a verdadeira sensação de justiça há de ser a feita o mais célere possível, contudo, sem causar prejuízo às partes demandantes, principalmente a respeito da garantia do devido

processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Para que essa noção de justiça se concretize, existem os prazos.

Atribui-se a Ruy Barbosa a frase “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta⁴”. Por isso, em regra, de acordo com o princípio da continuidade, os prazos processuais são contínuos, quer dizer, depois de iniciado seu curso, não se suspendem nem se interrompem nos feriados ou nos finais de semana, , prorrogando-se o seu final para o próximo dia útil, caso finde em dia em que não haja expediente forense ou se, por algum motivo, as atividades do foro se encerrarem mais cedo do que o habitual, de forma que se procure evitar prejuízo às partes.

Importa lembrar que os prazos somente se iniciam em dias úteis. De um modo geral, os atos processuais somente se realizarão em dias úteis (art. 212 do CPC). Isso é a regra, mas, de acordo com o caso concreto, a depender da situação, esse rigor dos prazos pode, perfeitamente, ser mitigado, como na ocorrência de motivo de força maior ou de um fato imprevisível.

A contagem dos prazos é feita excluindo-se o dia inicial e contando-se o último dia, se este findar em dia útil.

Durante as férias forenses, praticam-se somente os atos processuais de natureza urgente e aqueles destinados a evitar o perecimento do direito. A partir da Emenda Constitucional 45/2004, acabaram as férias coletivas para o Judiciário, salvo

⁴ Disponível em: <<http://kdfrases.com/frase/140375>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

para os Tribunais Superiores, de maneira que, atualmente, não mais existem as chamadas férias coletivas de janeiro e julho.

Na ocorrência das férias forenses, normalmente, somente se praticavam os atos processuais urgentes ou aqueles que tinham por objetivo evitar a perda do direito, como dito antes. Os prazos processuais ficavam suspensos, recomeçando a contagem a partir do início das atividades regulares do foro. Atualmente, de acordo com o art. 220, CPC os prazos processuais ficam suspensos entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.

O que queremos demonstrar nesse tópico é o fato de que os prazos processuais são, em regra, contínuos. Quer dizer, não se suspendem nem se interrompem em razão de finais de semana ou feriados ocorrentes durante esse lapso temporal.

No atual Código de Processo Civil, essa regra passa por significativa alteração, que é exatamente o propósito maior desse artigo.

4 Os prazos recursais no novo Código de Processo Civil

A Lei 13.105/15, novo CPC, caminhou na tentativa de uniformizar os prazos recursais em 15 (quinze) dias, como se verifica na redação do art. 1.003, § 5º ao afirmar que, com exceção dos embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias. No caso do recurso de embargos de declaração, o prazo continua sendo 5 (cinco) dias para sua oposição, mantendo-se a sistemática do artigo 536, do código de 1.973. O atual código faz referência a um prazo de

3 (três) dias para embargos de declaração, de acordo com o art. 1.067, § 1º, mas esse prazo somente se refere ao Código Eleitoral. Importante não esquecer que o prazo de embargos de declaração não sofreu alteração.

A mudança é salutar, porque o grande de número de prazos diferentes para diversos tipos de recursos desapareceu. Foge dessa regra apenas o recurso de embargos de declaração. Buscase, também com isso, prestigiar o princípio da isonomia.

Nas palavras de (WAMBIER, 2013?),

Os efeitos dessa mudança certamente serão benéficos, na medida em que prestigiada estará a igualdade de tratamento das partes, quanto aos prazos, inclusive, quando de diferentes espécies de decisão jurisdicional se tratar (decisões interlocutórias ou sentença), mas que, por opção legislativa, contenham, ambas, conteúdo decisório de igual intensidade.

Importa salientar que o mesmo prazo concedido ao recorrente será dado ao recorrido para responder ao recurso (art. 1.003, § 5º, CPC). Não poderia ser diferente, sob pena de se causar lesão ao princípio da isonomia de tratamento dispensado às partes.

4.1 O critério de contagem dos prazos

A inovação, efetivamente significativa, diz respeito aos prazos processuais e está no *caput* do art. 219, da Lei 13.105/15, ao estabelecer que “[...] na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”. O

parágrafo único desse artigo esclarece que a regra do *caput* somente se aplica aos prazos processuais. Quer dizer, aos prazos de natureza material, ainda que porventura previstos no código de processo, não se aplica a regra da contagem em dias úteis.

A tradição no direito brasileiro é a continuidade na contagem dos prazos. Quer dizer, uma vez iniciado seu curso, não será interrompido nem suspenso em razão da existência de algum feriado ou final de semana entre o dia inicial e o dia final do prazo.

Sem dúvida, essa mudança atende aos interesses dos advogados. Porém, não parece que essa tenha sido uma das inovações mais favoráveis ao célere andamento do processo. Primeiro porque talvez a justificativa mais badalada a respeito do novo código tenha sido a celeridade processual. É paradoxal querer um código que promova a celeridade do processo e ao mesmo tempo admitir a contagem dos prazos processuais em dias úteis. A inovação, ao que pensamos, não será benéfica à celeridade do processo. Ora, se o prazo contínuo de 15 (quinze) dias para os recursos se mostra insuficiente para os advogados, poder-se-ia ter estabelecido um prazo de 20 (vinte) ou 30 (trinta) dias, por exemplo, desde que contínua sua contagem.

Outro fator importante, em relação à contagem dos prazos em dias úteis, é que somente se aplica essa regra quando se tratar de prazo processual, fixado em dias e quando estabelecido pelo juiz.

Assim, por exemplo, o prazo da ação rescisória não será contado em dias úteis, pois está previsto na lei em anos, como se infere do art. 975 da Lei 13.105/15: “O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”. O prazo final da ação rescisória, ainda que se cuide de prazo decadencial, segundo entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, “[...] prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do Juízo competente”. (REsp 1112864 / MG. DJe 17/12/2014). Esse entendimento está incorporado pelo art. 975, § 1º, CPC.

Como dissemos antes, parece que não foi a escolha mais feliz do legislador optar pelo critério do prazo em dias úteis, abandonando uma tradição do direito brasileiro, que é a contagem do prazo contínuo.

Há, no entanto, respeitáveis entendimentos em sentido contrário, como o que se verifica em Wambier⁵ que apresenta,

⁵ “A ausência da boa-fé, como regra motriz dos relacionamentos pessoais, institucionais, negociais e de qualquer espécie, também parece contribuir decididamente para que nos cerquemos de mais e mais “garantias” quanto à conduta do outro. Partimos, na generalidade dos casos, da desconfiança. Logo em seguida a mentalidade burocrática nos sugere inúmeros mecanismos que nos fazem exigir prova antecipada da boa-fé, mediante certificação pública (certidões e mais certidões).

A falta de mecanismos eficientes de controle e de gestão do processo certamente é outra causa da demora em sua tramitação. Não somos versados nesses temas e não nos servimos, como regra, de *experts* que, certamente, muito poderiam contribuir com sua carga de conhecimentos nos planos da organização de procedimentos, logística etc., para que ao processo se pudesse imprimir maior velocidade. E a questão logística (para usar uma

fundamentalmente, os seguintes argumentos em sentido oposto ao que expressamos acima. Primeiro quanto à possibilidade de reais equívocos na contagem de prazo, admite que isso é possível, mas que os benefícios advindos da nova sistemática compensam eventuais problemas, pois a contagem em dias úteis se aplica a todos os prazos, inclusive aos prazos impróprios (aqueles destinados ao juiz e aos serventuários da Justiça e cujo descumprimento não ocasiona consequência de natureza processual). Assim, todos os que atuam no processo com prazo determinado serão beneficiados, como o Ministério Público, a Defensoria Pública etc.

Ora, com o respeito que merece o entendimento acima, a nossa resistência a essa modalidade de contagem de prazos é exatamente porque o código foi pensado e estruturado sob o argumento de deixar o processo mais célere. A contagem dos prazos em dias úteis vai de encontro à ideia de processo rápido. Como já expusemos, se o prazo de 15 dias para a maioria dos recursos é insuficiente, poderia ter-se fixado um prazo maior, mas a contagem em dias úteis não nos parece feliz.

O segundo argumento sustentado por Wambier é o de que a nova contagem, preservará os valiosos dias de descanso dos profissionais da área jurídica em respeito a dignidade e a

palavra que, ao meu ver, engloba, expressivamente, muitas questões) não está ligada apenas ao processo em papel, mas também ao processo virtual, na medida em que, aparelhados com informações originadas e testadas em outras áreas do saber, possamos dele extrair melhores resultados, em termos de eficiência e produtividade” (WAMBIER, 2013?).

incolumidade da categoria, fundamentalmente nos casos de advogados que desempenham suas atividades sozinhos, sem a ajuda de outros profissionais para dividir as tarefas do dia a dia. Mais uma vez, ousamos pensar em sentido contrário, pois é sabido que praticamente todos os profissionais da área jurídica trabalham em dias não úteis, e será que agora esses dias feriados e fins de semana, por exemplo, serão religiosamente respeitados? Provavelmente não.

Como último argumento, sustenta que não se trata de “regalia” dos profissionais da área jurídica em detrimento da celeridade do processo porque, segundo ele, seria uma visão cínica atribuir as mazelas do processo aos prazos e à quantidade de recursos. Aponta como principais causas dos atrasos do processo a burocracia e seus “nefastos efeitos.”

Não discordamos de que a burocracia é sim um grande mal para o processo, porém não podemos trazer novos instrumentos que, seguramente, irão contribuir ainda mais para a morosidade dos processos.

Medina (2013) demonstra grande simpatia pela inovação contida no art. 220 do novo CPC, que estabelece a suspensão do curso do prazo processual entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, e pela regra contida no art. 219, que estabelece a contagem de prazo em dias, quando fixado por lei ou pelo juiz, será feita apenas nos dias úteis. Assevera que a demora nos processos judiciais decorre em razão dos chamados “tempos mortos”, aqueles que, ainda

que sem prazo próprio em andamento, ficam aguardando alguma providência decorrente da burocracia judiciária.

Diz, porém, que a solução do problema da morosidade da Justiça demanda melhor estrutura do Poder Judiciário (MEDINA, 2013).⁶ Argumento com que compartilhamos em sua inteireza.

Evidente que o Poder Judiciário precisa se aparelhar melhor para conseguir apreciar, ou ao menos manter sob controle, a quantidade de processos hoje existente. De forma que, ainda que logo se chegue à fase histórica do processo digital, será que isso, por si só, resolverá o problema da morosidade da Justiça brasileira? Sem pessimismo, mas acreditamos que não. Sem dúvida, o Judiciário brasileiro necessita de mais pessoas trabalhando nessa nobre missão estatal, com mais juízes, mais servidores e melhor estrutura funcional, de forma que, na prática, todos os prazos legais sejam rigorosamente obedecidos.

5 Prazo para carga rápida

A chamada carga rápida ocorre quando o advogado, para ter acesso aos autos do processo, não precisa de autorização escrita ou verbal do juiz da causa, seja na primeira ou na segunda instância.

⁶ “Esse é um problema que se resolve com o aprimoramento do Poder Judiciário (por exemplo, com mais juízes, melhor distribuídos dentro da estrutura judiciária, o que implica na necessidade de melhor gestão, de se escolher com cuidado os pontos que merecem maior investimento etc.). Definitivamente, não é o fato de os prazos não correrem em alguns dias, que compreendem as festas de fim de ano, ou correrem apenas em dias úteis que farão com que o processo dure mais tempo”.

O Código de Processo Civil de 1973, com a alteração trazida pela Lei 11.969/2009, já regulava esse tema no artigo 40, § 2º, mesmo em se tratando de prazo comum para os advogados de ambas as partes, caso em que os autos, em regra, aguardavam as manifestações na Secretaria do Juízo, permitia a retirada dos autos do processo para obtenção de cópias pelo prazo de 1 (uma) hora sem depender de anuência da outra parte.

Agora, com o atual código, a matéria está regulada de forma mais favorável aos advogados que necessitam de acesso aos autos do processo para a retirada de cópias. O art. 107, § 3º permite ao advogado retirar os autos para obtenção de cópias, pelo prazo de 2 (duas) a 6 (seis) horas, sem necessidade de ajuste e sem prejuízo da continuidade do prazo.

Essa regulamentação existe para evitar abusos por parte de alguns tribunais que, sem argumentação convincente, em muitos casos, dificultavam o acesso do advogado aos autos quando eles estavam na Secretaria do Juízo.

Essa questão já foi objeto de decisão pelo Conselho Nacional de Justiça que, em outubro de 2011, em julgamento do pleno do Conselho, entendeu como procedente o pedido de providências requerido por um advogado, questionando regra do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que condicionava o acesso à cópia dos autos a uma autorização do Desembargador relator do processo (ADVOGADOS..., 2014).

A nós não parece que essa matéria devesse estar tratada no código de processo, poderia, perfeitamente, assim pensamos, ser

regulada por atos dos tribunais, desde que tais atos não fossem atentatórios ao exercício da advocacia. Porém, em razão da existência de algumas medidas desacompanhadas de razoabilidade por parte de alguns tribunais, justifica-se sua inserção no código. Mas, a rigor, ela poderia ser disciplinada por atos administrativos dos tribunais.

6 Prazos processuais

Quadro comparativo entre os prazos no Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015. Listamos aqui apenas os prazos que foram modificados, não colocamos no quadro os prazos que não encontram correspondência no novo código nem aqueles que foram mantidos.

Quadro – Comparativo dos prazos processuais

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito.	Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independente-mente de caução, a exibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz.</p>	<p>Art. 104, § 1º Nas hipóteses previstas no caput, o advogado deverá, independentemente de caução, exibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz.</p> <p>§ 1º Nas hipóteses previstas no caput, o advogado deverá, independentemente de caução, exibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz.</p>
<p>Art. 40. O advogado tem direito de:</p> <p>II - requerer, como procurador, vista dos autos de qualquer processo pelo prazo de 5 (cinco) dias;</p> <p>III - retirar os autos do cartório ou secretaria, pelo prazo legal, sempre que lhe competir falar neles por determinação do juiz, nos casos previstos em lei.</p>	<p>Art. 107. O advogado tem direito a:</p> <p>II - requerer, como procurador, vista dos autos de qualquer processo, pelo prazo de 5 (cinco) dias;</p> <p>III - retirar os autos do cartório ou da secretaria, pelo prazo legal, sempre que neles lhe couber falar por determinação do juiz, nos casos previstos em lei.</p> <p>§ 2º Sendo o prazo comum às partes, os procuradores poderão retirar os autos somente em conjunto ou mediante prévio ajuste, por petição nos autos.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>§ 2º Sendo comum às partes o prazo, só em conjunto ou mediante prévio ajuste por petição nos autos, poderão os seus procuradores retirar os autos, ressalvada a obtenção de cópias para a qual cada procurador poderá retirá-los pelo prazo de 1 (uma) hora independentemente de ajuste</p>	<p>§ 3º Na hipótese do § 2º, é lícito ao procurador retirar os autos para obtenção de cópias, pelo prazo de 2 (duas) a 6 (seis) horas, independentemente de ajuste e sem prejuízo da continuidade do prazo.</p> <p>§ 4º O procurador perderá no mesmo processo o direito a que se refere o § 3º se não devolver os autos tempestivamente, salvo se o prazo for prorrogado pelo juiz.</p>
<p>Art. 51. Não havendo impugnação dentro de 5 (cinco) dias, o pedido do assistente será deferido. Se qualquer das partes alegar, no entanto, que falece ao assistente interesse jurídico para intervir a bem do assistido, o juiz:</p> <p>III - decidirá, dentro de 5 (cinco) dias, o incidente.</p>	<p>Art. 120. Não havendo impugnação no prazo de 15 (quinze) dias, o pedido do assistente será deferido, salvo se for caso de rejeição liminar.</p> <p>Parágrafo único. Se qualquer parte alegar que falta ao requerente interesse jurídico para intervir, o juiz decidirá o incidente, sem suspensão do processo.</p>
<p>Art. 138, § 1º A parte interessada deverá argüir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos; o juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão da causa, ouvindo o argüido no prazo de 5 (cinco) dias, facultando a prova quando necessária e julgando o pedido.</p>	<p>Art. 148, § 2º O juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão do processo, ouvindo o argüido no prazo de 15 (quinze) dias e facultando a produção de prova, quando necessária.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 178. O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados.</p> <p>Obs.: a rigor, o artigo 178, CPC/73 não tem correspondente no CPC/2015, mas como o artigo 219 do código traz a contagem do prazo em dias úteis, enquanto que o artigo 178 fala em prazo contínuo, resolvemos apresentá-los em paralelo.</p>	<p>Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.</p> <p>Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.</p>
<p>Art. 182. É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias.</p> <p>Parágrafo único. Em caso de calamidade pública, poderá ser excedido o limite previsto neste artigo para a prorrogação de prazos.</p>	<p>Art. 222, § 1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes.</p> <p>§ 2º Verificada a justa causa, o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público</p>	<p>Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal [...].</p> <p>Art. 180. O Ministério Público gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal, nos termos do art. 183, § 1º.</p> <p>Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.</p>
<p>Art. 189. O juiz proferirá:</p> <p>I - os despachos de expediente, no prazo de 2 (dois) dias;</p> <p>II - as decisões, no prazo de 10 (dez) dias.</p>	<p>Art. 226. O juiz proferirá:</p> <p>I - os despachos no prazo de 5 (cinco) dias;</p> <p>II - as decisões interlocutórias no prazo de 10 (dez) dias;</p> <p>III - as sentenças no prazo de 30 (trinta) dias.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 190. Incumbirá ao serventuário remeter os autos conclusos no prazo de 24 (vinte e quatro) horas e executar os atos processuais no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, contados:</p> <p>I - da data em que houver concluído o ato processual anterior, se lhe foi imposto pela lei;</p> <p>II - da data em que tiver ciência da ordem, quando determinada pelo juiz.</p> <p>Parágrafo único. Ao receber os autos, certificará o serventuário o dia e a hora em que ficou ciente da ordem, referida no nº II.</p>	<p>Art. 228. Incumbirá ao serventuário remeter os autos conclusos no prazo de 1 (um) dia e executar os atos processuais no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data em que:</p> <p>I - houver concluído o ato processual anterior, se lhe foi imposto pela lei;</p> <p>II - tiver ciência da ordem, quando determinada pelo juiz.</p> <p>§ 1º Ao receber os autos, o serventuário certificará o dia e a hora em que teve ciência da ordem referida no inciso II.</p> <p>§ 2º Nos processos em autos eletrônicos, a juntada de petições ou de manifestações em geral ocorrerá de forma automática, independentemente de ato de serventuário da justiça.</p>
<p>Art. 191. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.</p>	<p>Art. 229. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento.</p> <p>§ 1º Cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo apenas 2 (dois) réus, é oferecida defesa por apenas um deles.</p> <p>§ 2º Não se aplica o disposto no caput aos processos em autos eletrônicos.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 192. Quando a lei não marcar outro prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento depois de decorridas 24 (vinte e quatro) horas.</p>	<p>Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.</p> <p>§ 1º Quando a lei for omissa, o juiz determinará os prazos em consideração à complexidade do ato.</p> <p>§ 2º Quando a lei ou o juiz não determinar prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento após decorridas 48 (quarenta e oito) horas.</p> <p>§ 3º Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.</p> <p>§ 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.</p>
<p>Art. 195. O advogado deve restituir os autos no prazo legal. Não o fazendo, mandará o juiz, de ofício, riscar o que neles houver escrito e desentranhar as alegações e documentos que apresentar.</p>	<p>Art. 234. Os advogados públicos ou privados, o defensor público e o membro do Ministério Público devem restituir os autos no prazo do ato a ser praticado.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 196. É lícito a qualquer interessado cobrar os autos ao advogado que exceder o prazo legal. Se, intimado, não os devolver dentro em 24 (vinte e quatro) horas, perderá o direito à vista fora de cartório e incorrerá em multa, correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo.</p> <p>Parágrafo único. Apurada a falta, o juiz comunicará o fato à seção local da Ordem dos Advogados do Brasil, para o procedimento disciplinar e imposição da multa.</p>	<p>Art. 234. [...]</p> <p>§ 1º É lícito a qualquer interessado exigir os autos do advogado que exceder prazo legal.</p> <p>§ 2º Se, intimado, o advogado não devolver os autos no prazo de 3 (três) dias, perderá o direito à vista fora de cartório e incorrerá em multa correspondente à metade do salário-mínimo.</p> <p>§ 3º Verificada a falta, o juiz comunicará o fato à seção local da Ordem dos Advogados do Brasil para procedimento disciplinar e imposição de multa.</p>
<p>Art. 197. Aplicam-se ao órgão do Ministério Público e ao representante da Fazenda Pública as disposições constantes dos arts. 195 e 196.</p>	<p>Art. 234. [...]</p> <p>§ 4º Se a situação envolver membro do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da Advocacia Pública, a multa, se for o caso, será aplicada ao agente público responsável pelo ato.</p> <p>§ 5º Verificada a falta, o juiz comunicará o fato ao órgão competente responsável pela instauração de procedimento disciplinar contra o membro que atuou</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 198. Qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público poderá representar ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei. Distribuída a representação ao órgão competente, instaurar-se-á procedimento para apuração da responsabilidade. O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu excesso de prazo, designando outro juiz para decidir a causa.</p>	<p>Art. 235. Qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno.</p> <p>§ 1º Distribuída a representação ao órgão competente e ouvido previamente o juiz, não sendo caso de arquivamento liminar, será instaurado procedimento para apuração da responsabilidade, com intimação do representado por meio eletrônico para, querendo, apresentar justificativa no prazo de 15 (quinze) dias.</p> <p>§ 2º Sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis, em até 48 (quarenta e oito) horas após a apresentação ou não da justificativa de que trata o § 1º, se for o caso, o corregedor do tribunal ou o relator no Conselho Nacional de Justiça determinará a intimação do representado por meio eletrônico para que, em 10 (dez) dias, pratique o ato.</p> <p>§ 3º Mantida a inércia, os autos serão remetidos ao substituto legal do juiz ou do relator contra o qual se representou para decisão em 10 (dez) dias.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 232. São requisitos da citação por edital: [...]</p> <p>III - a publicação do edital no prazo máximo de 15 (quinze) dias, uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver;</p>	<p>Art. 257. São requisitos da citação por edital: [...]</p> <p>II - a publicação do edital na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, que deve ser certificada nos autos;</p>
<p>Art. 240. Salvo disposição em contrário, os prazos para as partes, para a Fazenda Pública e para o Ministério Público contam-se da intimação.</p>	<p>Art. 230. O prazo para a parte, o procurador, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública e o Ministério Público será contado da citação, da intimação ou da notificação.</p>
<p>Art. 241. Começa a correr o prazo:</p> <p>I - quando a citação ou intimação for pelo correio, da data de juntada aos autos do aviso de recebimento;</p> <p>II - quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido;</p> <p>III - quando houver vários réus, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido;</p>	<p>Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:</p> <p>I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;</p> <p>II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça;</p> <p>III - a data de ocorrência da citação ou da intimação, quando ela se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria;</p> <p>IV - o dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou a intimação for por edital;</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>IV - quando o ato se realizar em cumprimento de carta de ordem, precatória ou rogatória, da data de sua juntada aos autos devidamente cumprida;</p> <p>V - quando a citação for por edital, finda a dilação assinada pelo juiz.</p>	<p>V - o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica;</p> <p>VI - a data de juntada do comunicado de que trata o art. 232 ou, não havendo esse, a data de juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta;</p> <p>VII - a data de publicação, quando a intimação se der pelo Diário da Justiça impresso ou eletrônico;</p> <p>VIII - o dia da carga, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos, em carga, do cartório ou da secretaria.</p> <p>§ 1º Quando houver mais de um réu, o dia do começo do prazo para contestar corresponderá à última das datas a que se referem os incisos I a VI do caput.</p> <p>§ 2º Havendo mais de um intimado, o prazo para cada um é contado individualmente. [...]</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 242. O prazo para a interposição de recurso conta-se da data, em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão.</p> <p>§ 1º Reputam-se intimados na audiência, quando nesta é publicada a decisão ou a sentença.</p> <p>§ 2º Havendo antecipação da audiência, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, mandará intimar pessoalmente os advogados para ciência da nova designação</p>	<p>Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.</p> <p>§ 1º Os sujeitos previstos no caput considerar-se-ão intimados em audiência quando nesta for proferida a decisão. [...]</p>
<p>Art. 261. O réu poderá impugnar, no prazo da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor. A impugnação será autuada em apenso, ouvindo-se o autor no prazo de 5 (cinco) dias. Em seguida o juiz, sem suspender o processo, servindo-se, quando necessário, do auxílio de perito, determinará, no prazo de 10 (dez) dias, o valor da causa.</p>	<p>Art. 293. O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão, e o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 265. Suspende-se o processo: [...]</p> <p>§ 2º No caso de morte do procurador de qualquer das partes, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz marcará, a fim de que a parte constitua novo mandatário, o prazo de 20 (vinte) dias, findo o qual extinguirá o processo sem julgamento do mérito, se o autor não nomear novo mandatário, ou mandará prosseguir no processo, à revelia do réu, tendo falecido o advogado deste.</p> <p>§ 3º A suspensão do processo por convenção das partes, de que trata o nº II, nunca poderá exceder 6 (seis) meses; findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo.</p>	<p>Art. 313. Suspende-se o processo: [...]</p> <p>§ 2º Não ajuizada ação de habilitação, ao tomar conhecimento da morte, o juiz determinará a suspensão do processo e observará o seguinte:</p> <p>II - falecido o autor e sendo transmissível o direito em litígio, determinará a intimação de seu espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, pelos meios de divulgação que reputar mais adequados, para que manifestem interesse na sucessão processual e promovam a respectiva habilitação no prazo designado, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito. [...]</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>§ 4º No caso do nº III, a exceção, em primeiro grau da jurisdição, será processada na forma do disposto neste Livro, Título VIII, Capítulo II, Seção III; e, no tribunal, consoante lhe estabelecer o regimento interno.</p> <p>§ 5º Nos casos enumerados nas letras a, b e c do nº IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo.</p>	<p>§ 3º No caso de morte do procurador de qualquer das partes, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz determinará que a parte constitua novo mandatário, no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual extinguirá o processo sem resolução de mérito, se o autor não nomear novo mandatário, ou ordenará o prosseguimento do processo à revelia do réu, se falecido o procurador deste.</p> <p>§ 4º O prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 1 (um) ano nas hipóteses do inciso V e 6 (seis) meses naquela prevista no inciso II.</p>
<p>Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.</p>	<p>Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada [...]</p> <p>§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.</p>	<p>Art. 332 [...]</p> <p>§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.</p>
<p>Art. 296. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão.</p>	<p>Art. 331. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 5 (cinco) dias, retratar-se.</p>
<p>Art. 323. Findo o prazo para a resposta do réu, o escrivão fará a conclusão dos autos. O juiz, no prazo de 10 (dez) dias, determinará, conforme o caso, as providências preliminares, que constam das seções deste Capítulo.</p>	<p>Art. 347. Findo o prazo para a contestação, o juiz tomará, conforme o caso, as providências preliminares constantes das seções deste Capítulo.</p>
<p>Art. 326. Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental.</p>	<p>Art. 350. Se o réu alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe o juiz a produção de prova.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 327. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor no prazo de 10 (dez) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.</p>	<p>Art. 351. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 337, o juiz determinará a oitiva do autor no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe a produção de prova.</p> <p>Art. 352. Verificando a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, o juiz determinará sua correção em prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.</p>
<p>Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir</p>	<p>Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:</p> <p>I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;</p> <p>II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;</p> <p>III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;</p> <p>IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;</p> <p>V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. [...]</p>
<p>Art. 360. Quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz mandará citá-lo para responder no prazo de 10 (dez) dias.</p>	<p>Art. 401. Quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz ordenará sua citação para responder no prazo de 15 (quinze) dias.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
Art. 390. O incidente de falsidade tem lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição, incumbindo à parte, contra quem foi produzido o documento, suscitar-lo na contestação ou no prazo de 10 (dez) dias, contados da intimação da sua juntada aos autos.	Art. 430. A falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos.
Art. 392. Intimada a parte, que produziu o documento, a responder no prazo de 10 (dez) dias, o juiz ordenará o exame pericial.	Art. 432. Depois de ouvida a outra parte no prazo de 15 (quinze) dias, será realizado o exame pericial
Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.	Art. 437, § 1º Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436.
Art. 407. Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 (dez) dias antes da audiência.	Art. 357, § 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 421. O juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo. § 1º Incumbe às partes, dentro em 5 (cinco) dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito [...]</p>	<p>Art. 465. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo. § 1º Incumbe às partes, dentro de 15 (quinze) dias contados da intimação do despacho de nomeação do perito:</p>
<p>Art. 454, § 3º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, caso em que o juiz designará dia e hora para o seu oferecimento.</p>	<p>Art. 364, § 2º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por razões finais escritas, que serão apresentadas pelo autor e pelo réu, bem como pelo Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, em prazos sucessivos de 15 (quinze) dias, assegurada vista dos autos.</p>
<p>Art. 456. Encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de 10 (dez) dias.</p>	<p>Art. 366. Encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 30 (trinta) dias.</p>
<p>Art. 475-D. Requerida a liquidação por arbitramento, o juiz nomeará o perito e fixará o prazo para a entrega do laudo. Parágrafo único. Apresentado o laudo, sobre o qual poderão as partes manifestar-se no prazo de dez dias, o juiz proferirá decisão ou designará, se necessário, audiência.</p>	<p>Art. 510. Na liquidação por arbitramento, o juiz intimar as partes para a apresentação de pareceres ou documentos elucidativos, no prazo que fixar, e, caso não possa decidir de plano, nomeará perito, observando-se, no que couber, o procedimento da prova pericial.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
Art. 508. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias	Art. 1.003, § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.
Art. 519. Provando o apelante justo impedimento, o juiz relevará a pena de deserção, fixando-lhe prazo para efetuar o preparo.	Art. 1.007, § 6º Provando o recorrente justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, por decisão irrecorrível, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo.
Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator. [...] <p>IV - poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;</p>	Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias: [...] <p>II - ordenará a intimação do agravado pessoalmente, por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou pelo Diário da Justiça ou por carta com aviso de recebimento dirigida ao seu advogado, para que responda no prazo de 15 (quinze) dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso;</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>V - mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial;</p> <p>VI - ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do caput deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.</p>	<p>II - ordenará a intimação do agravado pessoalmente, por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou pelo Diário da Justiça ou por carta com aviso de recebimento dirigida ao seu advogado, para que responda no prazo de 15 (quinze) dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso;</p> <p>III - determinará a intimação do Ministério Público, preferencialmente por meio eletrônico, quando for o caso de sua intervenção, para que se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias.</p>
<p>Art. 545. Da decisão do relator que não conhecer do agravo, negar-lhe provimento ou decidir, desde logo, o recurso não admitido na origem, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 557.</p>	<p>Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. [...]</p> <p>§ 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
Art. 549. Distribuídos, os autos subirão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, à conclusão do relator, que, depois de estudá-los, os restituirá à secretaria com o seu “visto”.	Art. 931. Distribuídos, os autos serão imediatamente conclusos ao relator, que, em 30 (trinta) dias, depois de elaborar o voto, restituirá-os, com relatório, à secretaria.
Art. 616. Verificando o juiz que a petição inicial está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, determinará que o credor a corrija, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de ser indeferida.	Art. 801. Verificando que a petição inicial está incompleta ou que não está acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, o juiz determinará que o exequente a corrija, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento.
Art. 636. Se o contratante não prestar o fato no prazo, ou se o praticar de modo incompleto ou defeituoso, poderá o credor requerer ao juiz, no prazo de 10 (dez) dias, que o autorize a concluí-lo, ou a repará-lo, por conta do contratante. Parágrafo único. Ouvido o contratante no prazo de 5 (cinco) dias, o juiz mandará avaliar o custo das despesas necessárias e condenará o contratante a pagá-lo.	Art. 819. Se o terceiro contratado não realizar a prestação no prazo ou se o fizer de modo incompleto ou defeituoso, poderá o exequente requerer ao juiz, no prazo de 15 (quinze) dias, que o autorize a concluí-la ou a repará-la à custa do contratante. Parágrafo único. Ouvido o contratante no prazo de 15 (quinze) dias, o juiz mandará avaliar o custo das despesas necessárias e o condenará a pagá-lo.

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
Art. 690. A arrematação far-se-á mediante o pagamento imediato do preço pelo arrematante ou, no prazo de até 15 (quinze) dias, mediante caução.	Art. 895, § 1º A proposta conterà, em qualquer hipótese, oferta de pagamento de pelo menos vinte e cinco por cento do valor do lance à vista e o restante parcelado em até 30 (trinta) meses, garantido por caução idônea, quando se tratar de móveis, e por hipoteca do próprio bem, quando se tratar de imóveis.
Art. 740. Recebidos os embargos, será o exeqüente ouvido no prazo de 15 (quinze) dias; a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido (art. 330) ou designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, proferindo sentença no prazo de 10 (dez) dia.	Art. 920. Recebidos os embargos: I - o exequente será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias; II - a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido ou designará audiência; III - encerrada a instrução, o juiz proferirá sentença.
Art. 755. O devedor será citado para, no prazo de 10 (dez) dias, opor embargos; se os não oferecer, o juiz proferirá, em 10 (dez) dias, a sentença.	Art. 1.052. Até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
O Título IV, Capítulos I a IX do Livro II do Código de Processo Civil de 1973 permanece em vigor até edição de lei específica.	

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 915. Aquele que pretender exigir a prestação de contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, as apresentar ou contestar a ação.</p> <p>§ 1º Prestadas as contas, terá o autor 5 (cinco) dias para dizer sobre elas; havendo necessidade de produzir provas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento; em caso contrário, proferirá desde logo a sentença.</p> <p>§ 2º Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no art. 330; a sentença, que julgar procedente a ação, condenará o réu a prestar as contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.</p> <p>§ 3º Se o réu apresentar as contas dentro do prazo estabelecido no parágrafo anterior, seguir-se-á o procedimento do § 1º deste artigo; em caso contrário, apresentá-las-á o autor dentro em 10 (dez) dias, sendo as contas julgadas segundo o prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil.</p>	<p>Art. 550. Aquele que afirmar ser titular do direito de exigir contas requererá a citação do réu para que as preste ou ofereça contestação no prazo de 15 (quinze) dias.</p> <p>§ 1º Na petição inicial, o autor especificará, detalhadamente, as razões pelas quais exige as contas, instruindo-a com documentos comprobatórios dessa necessidade, se existirem.</p> <p>§ 2º Prestadas as contas, o autor terá 15 (quinze) dias para se manifestar, prosseguindo-se o processo na forma do Capítulo X do Título I deste Livro.</p> <p>§ 3º A impugnação das contas apresentadas pelo réu deverá ser fundamentada e específica, com referência expressa ao lançamento questionado.</p> <p>§ 4º Se o réu não contestar o pedido, observar-se-á o disposto no art. 355.</p> <p>§ 5º A decisão que julgar procedente o pedido condenará o réu a prestar as contas no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.</p> <p>§ 6º Se o réu apresentar as contas no prazo previsto no § 5º, seguir-se-á o procedimento do § 2º, caso contrário, o autor apresentá-las-á no prazo de 15 (quinze) dias, podendo o juiz determinar a realização de exame pericial, se necessário.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
Art. 954. Feitas as citações, terão os réus o prazo comum de 20 (vinte) dias para contestar.	Art. 577. Feitas as citações, terão os réus o prazo comum de 15 (quinze) dias para contestar.
Art. 965. Junto aos autos o relatório dos arbitradores, determinará o juiz que as partes se manifestem sobre ele no prazo comum de 10 (dez) dias. Em seguida, executadas as correções e retificações que ao juiz pareçam necessárias, lavrar-se-á o auto de demarcação em que os limites demarcandos serão minuciosamente descritos de acordo com o memorial e a planta.	Art. 586. Juntado aos autos o relatório dos peritos, o juiz determinará que as partes se manifestem sobre ele no prazo comum de 15 (quinze) dias.
Art. 971. O juiz ouvirá as partes no prazo comum de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Não havendo impugnação, o juiz determinará a divisão geodésica do imóvel; se houver, proferirá, no prazo de 10 (dez) dias, decisão sobre os pedidos e os títulos que devam ser atendidos na formação dos quinhões.	Art. 592. O juiz ouvirá as partes no prazo comum de 15 (quinze) dias. § 1º Não havendo impugnação, o juiz determinará a divisão geodésica do imóvel. § 2º Havendo impugnação, o juiz proferirá, no prazo de 10 (dez) dias, decisão sobre os pedidos e os títulos que devam ser atendidos na formação dos quinhões.

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
Art. 979. Ouvidas as partes, no prazo comum de 10 (dez) dias, sobre o cálculo e o plano da divisão, deliberará o juiz a partilha. Em cumprimento desta decisão, procederá o agrimensor, assistido pelos arbitradores, à demarcação dos quinhões, observando, além do disposto nos arts. 963 e 964, as seguintes regras:	Art. 596. Ouvidas as partes, no prazo comum de 15 (quinze) dias, sobre o cálculo e o plano da divisão, o juiz deliberará a partilha. [...]
Art. 996. Requerida a remoção com fundamento em qualquer dos números do artigo antecedente, será intimado o inventariante para, no prazo de 5 (cinco) dias, defender-se e produzir provas.	Art. 623. Requerida a remoção com fundamento em qualquer dos incisos do art. 622, será intimado o inventariante para, no prazo de 15 (quinze) dias, defender-se e produzir provas.
Art. 1.000. Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 10 (dez) dias, para dizerem sobre as primeiras declarações.	Art. 627. Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 15 (quinze) dias, para que se manifestem sobre as primeiras declarações, incumbindo às partes:

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 1.001. Aquele que se julgar preterido poderá demandar a sua admissão no inventário, requerendo-o antes da partilha. Ouvidas as partes no prazo de 10 (dez) dias, o juiz decidirá. Se não acolher o pedido, remeterá o requerente para os meios ordinários, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio.</p>	<p>Art. 628, § 1º Ouvidas as partes no prazo de 15 (quinze) dias, o juiz decidirá.</p>
<p>Art. 1.002. A Fazenda Pública, no prazo de 20 (vinte) dias, após a vista de que trata o art. 1.000, informará ao juízo, de acordo com os dados que constam de seu cadastro imobiliário, o valor dos bens de raiz descritos nas primeiras declarações.</p>	<p>Art. 629. A Fazenda Pública, no prazo de 15 (quinze) dias, após a vista de que trata o art. 627, informará ao juízo, de acordo com os dados que constam de seu cadastro imobiliário, o valor dos bens de raiz descritos nas primeiras declarações.</p>
<p>Art. 1.003. Findo o prazo do art. 1.000, sem impugnação ou decidida a que houver sido oposta, o juiz nomeará um perito para avaliar os bens do espólio, se não houver na comarca avaliador judicial.</p>	<p>Art. 630. Findo o prazo previsto no art. 627 sem impugnação ou decidida a impugnação que houver sido oposta, o juiz nomeará, se for o caso, perito para avaliar os bens do espólio, se não houver na comarca avaliador judicial.</p>
<p>Art. 1.009. Entregue o laudo de avaliação, o juiz mandará que sobre ele se manifestem as partes no prazo de 10 (dez) dias, que correrá em cartório.</p>	<p>Art. 635. Entregue o laudo de avaliação, o juiz mandará que as partes se manifestem no prazo de 15 (quinze) dias, que correrá em cartório.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
Art. 1.012. Ouvidas as partes sobre as últimas declarações no prazo comum de 10 (dez) dias, proceder-se-á ao cálculo do imposto.	Art. 637. Ouvidas as partes sobre as últimas declarações no prazo comum de 15 (quinze) dias, proceder-se-á ao cálculo do tributo.
Art. 1.014. No prazo estabelecido no art. 1.000, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos os bens que recebeu ou, se já os não possuir, trar-lhes-á o valor.	Art. 639. No prazo estabelecido no art. 627, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos ou por petição à qual o termo se reportará os bens que recebeu ou, se já não os possuir, trar-lhes-á o valor.
<p>Art. 1.016. Se o herdeiro negar o recebimento dos bens ou a obrigação de os conferir, o juiz, ouvidas as partes no prazo comum de 5 (cinco) dias, decidirá à vista das alegações e provas produzidas.</p> <p>§ 1º Declarada improcedente a oposição, se o herdeiro, no prazo improrrogável de 5 (cinco) dias, não proceder à conferência, o juiz mandará seqüestrar-lhe, para serem inventariados e partilhados, os bens sujeitos à colação, ou imputar ao seu quinhão hereditário o valor deles, se já os não possuir.</p>	<p>Art. 641. Se o herdeiro negar o recebimento dos bens ou a obrigação de os conferir, o juiz, ouvidas as partes no prazo comum de 15 (quinze) dias, decidirá à vista das alegações e das provas produzidas.</p> <p>§ 1º Declarada improcedente a oposição, se o herdeiro, no prazo improrrogável de 15 (quinze) dias, não proceder à conferência, o juiz mandará sequestrar-lhe, para serem inventariados e partilhados, os bens sujeitos à colação ou imputar ao seu quinhão hereditário o valor deles, se já não os possuir.</p>

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
Art. 1.022. Cumprido o disposto no art. 1.017, § 3º, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de 10 (dez) dias, formularem o pedido de quinhão; em seguida proferirá, no prazo de 10 (dez) dias, o despacho de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário.	Art. 647. Cumprido o disposto no art. 642, § 3º, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, formularem o pedido de quinhão e, em seguida, proferirá a decisão de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário.
Art. 1.024. Feito o esboço, dirão sobre ele as partes no prazo comum de 5 (cinco) dias. Resolvidas as reclamações, será a partilha lançada nos autos.	Art. 652. Feito o esboço, as partes manifestar-se-ão sobre esse no prazo comum de 15 (quinze) dias, e, resolvidas as reclamações, a partilha será lançada nos autos.
Art. 1.053. Os embargos poderão ser contestados no prazo de 10 (dez) dias, findo o qual proceder-se-á de acordo com o disposto no art. 803.	Art. 679. Os embargos poderão ser contestados no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual se seguirá o procedimento comum.
Art. 1.106. O prazo para responder é de 10 (dez) dias.	Art. 721. Serão citados todos os interessados, bem como intimado o Ministério Público, nos casos do art. 178, para que se manifestem, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias.

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
Art. 1.127. Feito o registro, o escrivão intimará o testamenteiro nomeado a assinar, no prazo de 5 (cinco) dias, o termo da testamentaria; se não houver testamenteiro nomeado, estiver ele ausente ou não aceitar o encargo, o escrivão certificará a ocorrência e fará os autos conclusos; caso em que o juiz nomeará testamenteiro dativo, observando-se a preferência legal.	Art. 735, § 3º Feito o registro, será intimado o testamenteiro para assinar o termo da testamentária. § 4º Se não houver testamenteiro nomeado ou se ele estiver ausente ou não aceitar o encargo, o juiz nomeará testamenteiro dativo, observando-se a preferência legal.
Art. 1.182. Dentro do prazo de 5 (cinco) dias contados da audiência de interrogatório, poderá o interditando impugnar o pedido.	Art. 752. Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contado da entrevista, o interditando poderá impugnar o pedido.

Fonte: Elaborado pelo autor.

7 Considerações finais

Acreditamos que o objetivo traçado inicialmente foi alcançado, pois nossa pretensão era apenas trazer à tona as inovações quanto ao critério de contagem dos prazos processuais estabelecidos em dias e quando fixados pela lei ou pelo juiz.

Tivemos a preocupação em preservar os entendimentos opostos ao que defendemos, inclusive com nomes do mais alto escalão, como indicados no texto o entendimento de José Miguel

Garcia Medina e de Luiz Rodrigues Wambier, que não poupam elogios à novel fórmula de contagem dos prazos.

Ressaltamos, porém, que o maior problema suportado pelo processo, seguramente, não diz respeito aos prazos, mas sim a estrutura insuficiente do Poder Judiciário.

Não negamos a importância do novo Código de Processo Civil, principalmente quando estamos no caminho, cremos que irreversível, do processo digital, eliminando ou, se não, diminuindo significativamente a quantidade de processo impresso. O código vindouro demonstra preocupação como o futuro do processo. Isso é muito salutar para a prestação jurisdicional.

Evidente que o novel diploma sofrerá muitas críticas e receberá significativos elogios da doutrina e, certamente, passará também por alguns ajustes legislativos, mas isso não retira sua importância e a tentativa de melhorar a vida do jurisdicionado.

Title: The periods of the civil procedure and its innovations in the new Code of Civil Procedure

Abstract: With the advent of the new Law # 13.105 /15, introducing the new Code of Civil Procedure in Brazil, many changes were introduced in the Brazilian legal system, especially in with regard to the periods of the civil procedure. Among these several changes, gain prominence rules that fixes how to count time, what can be made in days, fixed by the judge or determined in business days, among such alterations, two rules gain prominence. The first is the count of periods, which might be either determined by the judge or done in business days, as now provided the code in question. The second is the standardization of the periods for an appeal (15 days), save for that of the Motion for Clarification. The principal objective of this article is to analyze the modifications brought by the new Code of Civil Procedure,

specifically in what concerns about the changes in the periods of the civil procedure and its counting criteria, generally in business days. Finally, there is a comparative table between terms in the 1973 Code of Civil Procedure Code and the new one, in order to better demonstrate the changes occurred.

Keywords: Civil procedure. Periods of the civil procedure. New Code of Civil Procedure. Counting criteria. Standardization of the periods for an appeal.

Referências

ADVOGADO tem direito de retirar autos de cartório por uma hora. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-23/adogados-direito-retirar-autos-cartorios-hora-cnj>>. Acesso em: 26 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil (2015). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 mar. 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico*. 2. ed. Nova Fronteira, 1982.

DIAS, Norma Chrissanto. *Os prazos processuais e seu reflexo na efetividade do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. *Novo Código de Processo Civil comparativo com o Código de 1973*. Salvador: JusPodivm, 2015.

DUARTE, Ricardo Quass. *O tempo inimigo no processo civil brasileiro*. São Paulo: LTr, 2009.

FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, Forense, 1958. v. 2.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo CPC: prerrogativas, férias e prazos processuais*. Disponível em: <<http://www.oabmt.org.br/Artigo/Artigo.aspx?id=183>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

NASCIMENTO, José Anderson. *Prazos processuais: doutrina, prática, jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Porto Alegre, UFRGS, c2001. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm>. Acesso em: 17 mar. 2015.

PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *O projeto do Novo Código de Processo Civil e os prazos diferenciados: análise comparativa*. Brasília-DF: 18 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38342&seo=1>>. Acesso em: 9 mar. 2015.

RORIZ, Rodrigo Matos. Prazos para o juiz e o novo CPC. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3827, 23 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26231>>. Acesso em: 9 mar. 2015.

ROSA, Marcos Valls Feu. *Prazos dilatatórios e peremptórios: comentários aos artigos 181 e 182 do Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

RUBIN, Fernando. *Flexibilização do procedimento e prazos dilatatórios: reflexões quanto à mitigação da preclusão nos atos instrutórios pelo novo CPC*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11603>. Acesso em: 18 mar. 2015.

SAMPAIO, José S. *Os prazos no código de processo civil: comentários, tabelas, jurisprudência, súmulas*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed., rev., e atual., por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

SILVA, de Plácido. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Guairá, 1940.

TEMPO (filosofia). In: ARTIGOS de apoio Infopédia [em linha]. Porto: Porto, 2003-2017. Disponível em: <[https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/\\$tempo-\(filosofia\)](https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$tempo-(filosofia))>. Acesso em: 28 ago. 2017.

WAMBIER, Luiz R. *Inovações na contagem de prazos no projeto do novo CPC. 2013?* Disponível em: <<http://luizrodrigueswambier.jusbrasil.com.br/artigos/121943493/inovacoes-na-contagem-de-prazos-no-projeto-do-novo-cpc>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

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

TORQUATO, José Amilton. Os prazos processuais e suas inovações no novo Código de Processo Civil. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 315-368, 2016. Anual.

Submissão: 28/8/17

Aceite: 4/10/17

O poder de investigação direta pelo Ministério Público no julgamento do RE 593.727/MG: o papel do Supremo Tribunal Federal

Alexandre Cezar Silva Gonçalves de França

Servidor Público Federal no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Oficial de Gabinete da Desembargadora Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias. Especialista em Direito, em 2016, no Curso de Pós-Graduação Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, orientado pelo Doutor Antônio Henrique Graciano Suxberger. Bacharel em Direito pela UnB, em 2011.

Resumo: O presente estudo analisa a amplitude dos argumentos utilizados no julgamento do RE 593.727/MG, que reconheceu o poder de investigação direta e autônoma ao Ministério Público da República Federativa brasileira. O trabalho, a partir de sugestões críticas, fragiliza a fundamentação majoritária do acórdão e propõe reflexão ao papel que o Supremo Tribunal Federal poderia ter alcançado com a abordagem de pontos controvertidos que circundam a temática. O leitor é instigado a refletir sobre o delineamento do conteúdo inserido nos fundamentos que autorizaram a consolidação do poder de investigação direta, porque é de fundamental interesse privilegiar o seu viés democrático, bem como estabelecer forma adequada de controle, que assegure a finalidade do novo poder e, simultaneamente, respeite os direitos e as garantias fundamentais.

Palavras-chaves: Investigação direta - Ministério Público. Direitos e garantias fundamentais.

Sumário: Introdução. 1 Análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal. 2 O promotor investigador *versus* o juiz de garantias. 2.1 Compatibilizando funções institucionais ao sistema brasileiro. 2.2 Incongruências jurídicas (e lógicas) do julgamento do RE 593.727/MG. 3 Conclusão: os aspectos positivos que se consolidam após o julgamento do RE 593.727/MG. Referências.

Introdução

No ano de 2015, com o advento do julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727/MG — afeto ao regime da repercussão geral¹ —, restou reconhecido o poder de investigação direta pelo Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e as garantias que assistem a qualquer investigado pelo Estado, a reserva de jurisdição e as prerrogativas profissionais dos envolvidos.

O supracitado julgamento veio pôr fim, ao menos por hora, à polêmica que já se arrastava nas cortes por alguns anos e que, recentemente, havia ganhado espaço para debate após a Proposta de Emenda Constitucional nº 37, de autoria do Deputado Lourival Mendes (PT do B/MA), que buscava inserir o termo “privativamente” no artigo 144 da Constituição da República de 1988, atribuindo, assim, a competência exclusiva às Polícias Federal e Civis dos Estados e do Distrito Federal para investigar infrações de natureza penal.

Na análise do julgamento feita neste artigo — considerando o cenário social em que vivemos e as expectativas quanto à eficiência do Direito Penal —, o leitor será instigado a refletir sobre a amplitude da decisão e se os fundamentos que legitimaram

¹ Ferramenta de filtragem definida pelo processo constitucional como requisito de admissibilidade recursal, instituído pela EC 45/2004, na qual o STF analisa a relevância e a transcendência da questão afirmada, critérios necessários à análise do recurso extraordinário, sem os quais não deverá ser conhecido.

o reconhecimento do poder de investigação direta pelo Ministério Público são condizentes com o nosso sistema jurídico.

Atualmente, é clara a morosidade dos *poderes do Estado* em atender aos anseios de comunidades modernas, extremamente dinâmicas, porque não só inúmeros valores sociais têm evoluído em velocidade incompatível de ser acompanhada pelo trâmite do *processo legislativo*, como os parlamentares atuam, rotineiramente, por impulsos da mídia e do clamor social, atendendo a questões que, no contexto geral, mostram-se menos importantes, mas que, nas urnas, proporcionam uma chance de reeleição.

Diante dessa premissa, visitaremos a lógica basilar que esteve presente no julgamento, mas também serão destacados os aspectos que, embora fundamentais, restaram esquecidos. Disso exsurge, conseqüentemente, dentro deste artigo, a consideração sobre o papel que o Supremo Tribunal Federal exerce no Direito brasileiro, e aquilo que poderia ser evitado ou acrescentado, a fim de que sua atuação alcançasse um patamar de maior coerência técnica, atendendo não só aos anseios políticos, mas também aos jurídicos.

Sem dúvidas, essas são ideias que, aplicadas de forma eficiente, ajudam a justificar a existência do Direito Penal na sociedade moderna, auxiliando na necessária atualização dos institutos utilitaristas².

² Concepção da pena enquanto meio, que resulta de um equilíbrio entre os custos representados pelas penas e os danos que elas tentam prevenir.

É extremamente relevante tentar encontrar a tênue linha de evolução do raciocínio jurídico constitucional, que, ao tratar do sistema acusatório e das garantias, é tão importante ao Direito Processual Penal quanto compreender adequadamente as opções conceituais disponíveis que tentam esclarecer o que se entende por criminoso racional, a efetividade da ressocialização, a importância e o (in)sucesso do emprego deliberado de penas mais gravosas e o papel da etapa pré-processual de investigação na repressão da violência social.

É nesse sentido que o presente trabalho buscará, diante da importância da investigação em todos os (sub) sistemas que compõem a nossa sociedade, mas principalmente no jurídico, ressaltar, partindo do julgamento de um tema de repercussão geral — Recurso Extraordinário nº 593.727/MG — os altos e baixos dos argumentos que pautam a discussão e tudo mais que há de importante e que ainda não foi sequer mencionado.

O trabalho está dividido em dois capítulos principais, que tratam da análise do julgado e da coexistência de procedimentos necessários ao poder de investigação direta pelo Ministério Público, respectivamente, seguidos por conclusão que faz apanhado daquilo que, no fundo, ficou registrado para o país após a conclusão do julgamento.

1 Análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal

A análise julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727/MG pelo Supremo Tribunal Federal teve início com o voto do

relator originário, Ministro Cezar Peluso, em 21/6/2012, mas terminou apenas dia 14/5/2015, após vários pedidos de vista e extensos debates quanto à semântica dos votos — os quais não ficaram coerentes o suficiente nem mesmo para os componentes da egrégia Corte.

Inicialmente, para traçar as questões fáticas que delinearam o supracitado julgamento, cumpre ressaltar que o caso concreto envolvia o então prefeito de Ipanema, em Minas Gerais, que fora denunciado pela prática de crime de responsabilidade, consoante art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/67.

Em suas razões de recorrer, o réu afirmava que o oferecimento de denúncia, lastreada em informações colhidas diretamente pelo Ministério Público, estaria eivada de vício insanável, porque violava diretamente os artigos 5º, 129 e 144 da Constituição da República de 1988, fato que deveria ensejar a nulidade do processo a partir do recebimento da denúncia.

Vale ressaltar, por oportuno, por mera preocupação com a celeridade, que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal analisam matérias polêmicas, que a possibilidade — ou não — de investigação direta por parte do Ministério Público era exatamente o mesmo assunto por trás do Habeas Corpus 84.548/SP, que teve seu julgamento iniciado em 11/6/2007, com a prolação do voto do relator originário, Ministro Marco Aurélio.

Passemos, então, ao estudo do que foi abordado no julgamento do Recurso Extraordinário 593.727/MG.

O relator originário do recurso, Ministro Cezar Peluso, ao analisar a possibilidade de conciliação entre o poder de investigação direta pelo Ministério Público e o estipulado pela Constituição da República de 1988, deixou muito evidente que apenas concordaria com a possibilidade na hipótese de existir, no texto constitucional, regramento que expressamente a autorizasse. Como não há, o relator, além de rechaçar a *teoria dos poderes implícitos*³, destacou pontos de relevo que, dentro do Direito Constitucional e do Direito Processual Penal, delineiam a importância do procedimento prévio de investigação ao sistema acusatório e ao próprio conglomerado de direitos e garantias do investigado, e que guardam íntima relação com as peculiares diferenças entre ser réu em processo criminal e ser réu em ação cível de qualquer natureza.

Ao fazer retrospectiva dos aspectos investigatórios que compunham a investigação de delitos no Brasil Império, o ministro destacou que, mesmo atualmente, uma das únicas exceções à existência do inquérito policial — e muito bem-vinda, diga-se de passagem — é a disciplinada na Lei nº 9.099/95, que o substitui pelo termo circunstanciado. Ainda assim, destaca que tal abertura não tem caráter absoluto, uma vez que existem critérios objetivos que, se presentes, determinam a instauração de inquérito, quais sejam: nos casos em que a autoria do fato seja desconhecida,

³ Entende-se por poderes implícitos aqueles que são meios necessários sem os quais, outra função, mais importante, expressamente estabelecida pela Constituição, tornar-se-á inalcançável, restando prejudicada

indeterminada, envolva autores inimputáveis ou nos que não haja composição civil dos danos.⁴

Outras preocupações, também apresentadas no voto inaugural, envolvem, caso haja entendimento pela possibilidade de investigação direta, a ausência de limites à atividade, seja no aspecto processual, que poderia ensejar conflitos corporativos e de competência, ou em um aspecto garantista, que poderia ocasionar violação de direitos e garantias fundamentais.

Em conclusão, o voto do Ministro Cezar Peluso declara a inexistência de previsão constitucional para a investigação direta pelo Ministério Público, reconhecendo, contudo, desde que atendidas às garantias constitucionais, a existência de três exceções.⁵

No ponto, é digno de nota que a postura do Ministro Cezar Peluso, ao reconhecer a existência de escopo constitucional para investigação direta pelo Ministério Público em casos específicos, analisados concretamente, assemelha-se enormemente às hipóteses de ativismo judicial, muito criticadas atualmente. Todavia, tal olhar merece uma observação.

⁴ O termo circunstanciado dá início aos procedimentos investigatórios sobre fatos que se enquadrem como de menor potencial ofensivo, mitigando a atividade investigativa da polícia judiciária e sendo orientado pela informalidade e celeridade.

⁵ Consoante explica-se no voto: as que tenham por objeto fato ou fatos teoricamente criminosos praticados por membros ou servidores da própria instituição, os crimes praticados por autoridades ou agentes policiais ou, ainda, os praticados por outrem, se, a respeito, a autoridade policial, científica, não haja instaurado inquérito policial.

Isso porque, ao se observar a jurisprudência da Corte, mormente as bases argumentativas que compõem os fundamentos que utilizou para fixar as exceções, boa parte dela é de julgamentos mais antigos. Ou seja, essa delimitação autorizadora específica, que leva em consideração tais casos concretos, vem da combinação de antigos julgados do Supremo Tribunal Federal em que se analisavam, pontualmente, diversas nulidades suscitadas em ações de *habeas corpus* ou de recursos interpostos no controle difuso. Explico.

Diversos julgamentos, ocorridos há cerca de uma década⁶, acolhiam ou rejeitavam diversos pedidos de declaração de nulidades suscitadas na Corte, tais como: nulidade por participação complementar de órgãos sem competência investigatória na composição do inquérito (como o MP) ou, ainda, por supostas usurpações de competência de determinado órgão em relação a outro (casos de julgamento em inobservância com o foro por prerrogativa de função).

Estudando-os hoje, de forma retroativa, tais julgamentos resultam, por intermédio de interpretação de suas perspectivas fáticas combinadas, em um claríssimo arcabouço de procedências e improcedências capazes de montar um rol de fatos avessos ou necessários à investigação criminal.

Então, o voto do Ministro Cezar Peluso, em boa parte, não se trata de mero ativismo judicial, mas de certa reafirmação de

⁶ HC 82.354/PR, HC 89.158/RJ, HC 80.420/RS, HC 83.346/SP e PET 3.197.

parte da jurisprudência da Corte, com a qual concorda. Ou seja, ao enumerar expressamente as hipóteses que já haviam sido julgadas no passado e tecer as suas exceções com os fatos que compunham os precedentes, eles se consolidam nos casos concretos sobre os quais a Corte, ao analisar os aspectos jurídicos, entende por bem que a investigação direta seja autorizada.

Após o voto do Ministro Cezar Peluso, a divergência foi inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes.

De início, o voto divergente dá enfoque, muito claramente, aos aspectos que, pontualmente, originam a esgrima de argumentos.

Destaca, primeiramente, que em nossa ordem jurídica existem, por determinação constitucional, diversos órgãos responsáveis por investigação que podem, de maneira direta e autônoma (ou até mesmo acidentalmente), colher elementos de prova que resultem em ação penal, tais como crimes apurados pela Fazenda Pública ou por intermédio de Comissão Parlamentar de Inquérito, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), da pela Lei nº 9.613/98, do Banco Central, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Tribunal de Contas.

O Ministro Gilmar Mendes, ressalta, em seguida, ser uma surpresa que a questão tenha sido revolvida quanto à *exclusividade* da polícia judiciária conduzir investigações criminais. O próprio Código de Processo Penal autoriza, com apoio na jurisprudência⁷, em seu artigo 39, § 5º, que não há obrigatoriedade de inquérito

⁷ HC 63.213/SP, rel. Min. Néri da Silveira, Primeira Turma, DJ 26.2.1988; HC 63.213/SC, rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ 3.3.2000

policial que preceda o oferecimento da denúncia se a materialidade e os indícios de autoria forem alcançados pela representação. Tampouco se declara nulidade de procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público nos casos de omissão policial em investigar ou em demais hipóteses de delitos cometidos por agentes públicos, mormente agentes das forças policiais.

Importa destacar que, em seus argumentos, o Ministro esclarece que não admite, consoante sua perspectiva jurídica, que o Ministério Público possa, ao ter acesso aos documentos fornecidos por essas entidades — Receita Federal, Banco Central, COAF, Tribunal de Contas, etc. —, formular, em sequência, ilimitadas indagações para desenvolver e complementar os fatos apontados. Ao contrário, destaca a necessidade de que se entenda o poder investigativo como subsidiário e limitado aos mesmos parâmetros que o inquérito policial, inclusive os limites judiciais de controle, de forma que a investigação autônoma do *Parquet* não possa ser utilizada de forma a substituir o papel que, *a priori* — preferencialmente —, recai à polícia judiciária, nos termos do art. 144 da Constituição da República de 1988.

No mesmo voto, com o propósito de ambientar o julgamento em relação às duas correntes argumentativas, que são *aparentemente* antagônicas, reproduz lição de Rogério Lauria Tucci, na qual o autor “defende que não pode existir dúvida que o Ministério Público é manifestamente interessado na colheita de prova desfavorável ao investigado

e, reflexivamente, desinteressado da que lhe possa beneficiar” (TUCCI, 2004, p. 85-86).

É um comentário, no mínimo, curioso. Tucci (2004) alega que o *Parquet*, instituição essencial à função jurisdicional do Estado permanentemente instituída para este fim, exatamente como forma de contenção de eventuais excessos políticos do passado, é menos legítimo para investigar apenas porque, dentre uma daquelas que são suas funções, encontra-se o papel de *dominus litis*. Ora, se o Ministério Público não pode (e se esse argumento for válido por supostamente comprometer o sistema acusatório⁸, seguindo a lógica argumentativa⁹), de fato, apenas sobraria a polícia judiciária, que sofre críticas tão antigas quanto a sua própria origem, sendo parte integrante — e hierarquicamente subordinada — do Poder Executivo e, ainda, acusada, em diversos países, mesmo no século XXI, de empreender perfil de atuação que resulta em recorrentes casos de brutalidade policial. Ou seja, Tucci (2004) critica que assumamos um modelo com risco de sucesso, desde que haja controle, para que nos mantenhamos com o atual, reconhecidamente falho, mas com todas as falhas conhecidas.

⁸ O sistema acusatório resulta do afastamento do juiz do seu papel instrutor - ficando, a partir de então, estranho ao desenvolvimento das investigações -, e da introdução de um necessário arcabouço de garantias constitucionais, erga omnes, aos investigados.

⁹ De que a investigação criminal é atividade exclusiva da polícia judiciária, não podendo ser exercida por qualquer outro órgão integrante do Poder Público.

Essa linha de raciocínio, inclusive, chega a ser conflitante, pois pensar que aquele que é responsável por controlar a atividade policial é exatamente o que iria descumprir mais intensamente, durante investigações, os direitos e garantias fundamentais, é dizer que o responsável pelo controle externo é menos preparado para executar a atividade que ele mesmo fiscaliza.

Nessa toada, pensamos que a visão de Tucci (2004) é demasiadamente estreita por entender que algumas funções institucionais do Ministério Público predominam sobre outras, hierarquizando, sob sua visão jurídica, o que seriam as preferências institucionais e desconsiderando a imperatividade constitucional. Dessa forma, faz presumir que o fato de o *Parquet* ser o titular da persecução penal faria com que ele cumprisse uma de suas funções mais que a outras; investigando a qualquer custo e desrespeitando direitos, quando, em verdade, poderia ser exatamente o inverso, cenário em que, por buscar maior respeito a direitos e garantias fundamentais, a investigação resultaria em tímida colheita de elementos indiciários.

Nos diversos casos citados pelo Ministro Gilmar Mendes, quanto às investigações conduzidas por órgãos e instituições cíveis e administrativas (COAF, Banco Central, CVM e Tribunal de Contas), infere-se que o caráter da utilidade de tal transposição de competência para apuração de fatos em unidades que são especializadas em determinados assuntos, com pautas institucionais próprias, foi, exatamente, a necessidade de tratar de maneira mais eficiente os temas que são tecnicamente mais

complexos para serem investigados pela polícia judiciária na vala cotidiana. O caso é exatamente o mesmo quando falamos das hipóteses nas quais o Ministério Público deve investigar.

A complexidade da nossa sociedade, ano a ano, alcança relações em que os múltiplos sistemas se comunicam mais diversamente, exigindo maior especialização.

Por essa razão, o Estado, a fim de manter eficiência na apuração de fatos importantes para a sociedade, é levado a segmentar setores que serão mais produtivos ao atuarem de forma mais especializada. Isto posto, pode-se concluir que a transposição de competência para novo órgão ou, ainda, a aceitação de compartilhamento da legitimidade e/ou competência fazem-se necessárias — ou simplesmente são aceitas, quando necessárias.

Isso significa que, ao vislumbrar um bônus, um benefício, na atuação que se discute, o *resultado eficiente* e o custo social¹⁰ passam a ser equilibrados em contraposição, para tentarmos prever se haverá sucesso ou prejuízo na abordagem.

Pelo que se percebe dos precedentes citados no Supremo Tribunal Federal, foi exatamente assim que as investigações criminais em que houve maior participação do Ministério Público, no passado, não foram declaradas nulas.

A princípio, não se preocupava em discutir, formalmente, a legitimidade/competência desta ou daquela instituição,

¹⁰ O custo social refere-se, dentro da concepção utilitarista, aos danos sustentados pela sociedade que justificam a adoção de medidas penais, que não só exigem investimento financeiro, mas também resultam, em geral, em uma concordância, pela sociedade, de suas próprias liberdades.

muito menos em regulá-la, mas apenas em apurar se o Estado, ao investigar por essa ou aquela “*mão*” havia – ao apurar os fatos – respeitado as garantias e os direitos fundamentais e, simultaneamente, alcançado resultado efetivo na investigação, ou seja, transformado o custo social em ferramenta útil à sociedade.

Não é à toa que o Ministro Gilmar Mendes vota, neste caso concreto, no sentido de que a atividade é possível, mas deve ser subsidiária, respeitar extensa lista de direitos e garantias fundamentais e jamais abandonar o controle do Poder Judiciário. Ele explica, ainda, que foram os julgamentos de casos em que se analisaram crimes de policiais civis ou militares que demonstraram a utilidade de tal investigação direta; cita, inclusive, o julgamento do HC 93.930/RJ (DJe 3.2.2011), ocasião na qual o Min. Celso de Mello argumentou no sentido de que o art. 144, §1º, IV, da Constituição da República não estabelece exclusividade ao papel de investigação da polícia, mas sim uma primazia, uma *preferência*.

Após esclarecer a primeira divergência em relação ao voto do relator originário, é interessante comparar os raciocínios jurídicos realizados por ambos os ministros.

O Ministro Cezar Peluso dá provimento ao recurso extraordinário, desautorizando o Ministério Público a investigar diretamente, mas utiliza os precedentes da Corte que aceitaram a investigação direta por parte do Ministério Público para fixar exceções à regra, ou seja, hipóteses em que a Constituição da República excepcionaria a exclusividade da polícia judiciária

e seria possível ao *Parquet* conduzir de forma autônoma e direta as investigações.

O curioso formato do voto foi, em *obiter dictum*, batizado pelo Min. Ricardo Lewandowski de *balizador da atividade ministerial*¹¹ e, sob sua visão, não ensejava cerceamento da atividade investigatória (BRASIL, 2015, p. 105).

O Ministro Gilmar Mendes, que por sua vez votou pelo desprovemento do recurso — e é o relator designado —, utiliza-se de jurisprudência muito semelhante àquela mencionada pelo Ministro Cezar Peluso para, ao inverso, construir argumentação que autoriza plenamente a investigação direta e autônoma, considerando, todavia, que, desrespeitadas as condições fixadas em seu voto, o procedimento seria passível de ser declarado nulo.

A partir desse ponto, estabelecidos os votos que foram o cerne do julgamento, daremos destaque apenas aos aspectos mais relevantes dos demais votos, com ênfase, ao final, no voto do Ministro Marco Aurélio, que inaugurou terceira corrente, na qual o Ministério Público não poderia, em nenhuma hipótese, utilizar-se de meios investigatórios autônomos (e diretos) em âmbito do Direito Penal.

O Ministro Celso de Mello, ao acompanhar o Ministro Gilmar Mendes, dá ênfase à desnecessidade de que exista inquérito policial — desde que evidente a materialidade do delito e presentes

¹¹ Argumento extraído do debate oral durante a sessão de julgamento, não chegou a ser transcrito para o acórdão final, mas está presente nas notas taquigráficas do julgamento.

os indícios de autoria — e revela que é possível a convicção *aliunde*¹², tal como aquelas que se encontrem em procedimentos instaurados por órgãos ou entidades da Administração Pública diversos da corporação policial, da mesma forma que o particular poderia, desde que na posse de elementos suficientes, oferecer queixa.

A investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, sob a interpretação de Celso de Mello, longe de comprometer ou de reduzir as atribuições da polícia judiciária, pois não interfere na irrecusável condição da autoridade policial como presidente do inquérito — especialmente porque é procedimento cognato¹³, mas diferente do inquérito, batizado de “diligências investigatórias” por Lênio Streck e Luciano Feldens (2003, p. 106-116) —, deveria representar uma típica cooperação, pois promove a convergência de dois importantes órgãos estatais que compartilham o propósito histórico de apurar a utópica verdade real (BRASIL, 2015, p. 79-85).

¹² “*Aliunde*” é expressão latina que significa “de outro lugar”. Foi utilizada pelo Ministro como meio de afirmar que as provas produzidas fora do Ministério Público e/ou da polícia podem ser base da fundamentação no oferecimento da denúncia. É comumente utilizada para descrever atos administrativos quem encampam motivos que se originam fora do documento produzido pela autoridade da qual emana o ato decisório.

¹³ O Projeto de Lei nº 5.776/2013, de 18/6/2013, que propõe alterações ao atual Código de Processo Penal, –tramita no Congresso Nacional apenso ao projeto do novo CPP – e sugere que, a depender da autoridade que presida as investigações, delegado ou membro do Ministério Público, o inquérito seja chamado, respectivamente, de policial ou pena. (Art. 2, caput).

Em seguida, encampa a *teoria dos poderes implícitos*, sob o fundamento de que a Constituição da República teria assegurado ao Ministério Público os *meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos*. Se não for assim, segundo defende, ocorreria indevida perspectiva reducionista, esvaziando, por completo, as atribuições expressamente conferidas ao *Parquet* como *dominus litis*.

Dá enfoque, também, ao fato de que o poder do Ministério Público de investigar diretamente é compatível com a sua respectiva finalidade e amparada tanto pelas disposições do art. 129 da CRFB quanto pelo texto da Lei Complementar nº 75/93. Ademais, considera que países que suportaram duras fases de luta contra a corrupção (principalmente na Europa) teriam demonstrado empiricamente, na tendência jurídica moderna, que o sistema de investigação conduzido de forma exclusiva pela polícia judiciária, nessa hipótese, é arcaico.

Finalmente, ao nos aproximarmos do final do julgamento, o voto-vista do Ministro Marco Aurélio demonstra preocupações bem originais que ainda não foram ressaltadas pelos seus pares.

De maneira bastante direta e objetiva, alega que a Carta Magna, ao estabelecer competências, preocupou-se, de forma muito precisa, com o equilíbrio institucional dos órgãos, entidades e dos poderes que compõem o Estado. Tal preocupação funciona não só como um plano de cooperação institucional dentre os ramos especializados, mas principalmente como uma garantia

ao cidadão contra concentração de poderes de um ou outro organismo público.

Ressalta, em sequência, que a *teoria dos poderes implícitos* estaria correta se estivessemos diante de direito privado, mas, na hipótese, a evocação do jargão “quem pode mais pode menos”, que validaria tal teoria, não tem lugar, uma vez que se aplica o princípio da legalidade estrita, de obrigatória obediência por parte do Poder Público.

Em sua conclusão, ao votar pela impossibilidade absoluta de investigação pelo Ministério Público em matéria criminal, rebate tanto o argumento de que a desnecessidade de inquérito não significa que existe autorização para o Ministério Público investigar quanto o de que a má estruturação de polícias ou os desvios de condutas de servidores – mesmo que sejam policiais – não legitimam, no contexto jurídico, por si só, o exercício de investigação direta pelo Ministério Público.

O julgamento foi concluído no Tribunal, por maioria de sete ministros, que reconheceram o poder de investigação plena do Ministério Público, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli – que aceitaram a possibilidade apenas em exceções específicas –, e o Ministro Marco Aurélio, que negava integralmente a possibilidade de procedimento investigativo autônomo por parte do *Parquet*.

A tese de Repercussão Geral restou assim redigida, *in verbis*:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição. (BRASIL, 2015, p. 291).

2 O promotor investigador *versus* o juiz de garantias

De início, conforme já tivemos a oportunidade de ressaltar, é curioso ver a posição em que julgadores e estudiosos — os que são contra a existência de poderes investigativos diretos —, como o Ministro Marco Aurélio e Rogério Lauria Tucci, colocaram o *Parquet* durante a análise quanto à viabilidade de tal poder.

É imperativo que ninguém, nem nada, esteja acima do interesse comum da sociedade e das garantias constitucionalmente asseguradas, bem como é temeroso lembrar os períodos de concentração de poderes que eclodiram em ditaduras. Todavia, o nível de desconfiança que transbordou de alguns estudos e fundamentos jurídicos aproximou-se do absoluto exagero, beirando até mesmo uma *teoria da conspiração* contra aqueles que estão aqui para fazer, exatamente, o oposto, assegurar a democracia.

A tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, por mais que tenha reconhecido a possibilidade de o Ministério Público investigar, é clara em preocupar-se com os limites da observância de direitos e garantias, como se eles já não fossem de observância obrigatória no inquérito policial e pudessem, automaticamente, ser interpretadas à imagem e semelhança no “inquérito penal”. O julgado é tão interessante que fazer uma mera reprodução da tese fixada é, na verdade, fazer tábula rasa das conclusões que são passíveis de serem alcançadas a partir do julgamento.

Ao nosso ver, o mais importante elemento que nasce do julgamento e dos debates é que nenhum dos 11 ministros reconheceram a suficiência dos poderes investigativos exercidos exclusivamente pela polícia ou, tampouco, disseram que o papel do Ministério Público – em qualquer situação – mostrou-se desnecessário. Na verdade, preocuparam-se, a despeito da eficiência, em regular atuação do MP ou limitá-la formalmente.

É fato muito estranho, tendo em vista que trata o Ministério Público de forma distinta de outros órgãos que também realizam investigações – as quais podem eclodir em elementos de infrações criminais – e que nunca sofreram regulação semelhante ou tão repercutida. Nos referimos, no ponto, às investigações conduzidas pela Receita Federal, pelo Banco Central, pela Controladoria-Geral da União, pelo Tribunal de Contas, entre diversos outros órgãos.

É ainda mais curioso do que parece, uma vez que a investigação conduzida por quaisquer desses legitimados, tenha

ela caráter cível, criminal, fiscal ou administrativo, incluindo-se aqui a que pode ser realizada pelo Ministério Público, não ultrapassaria o caráter de mero procedimento para apurar fatos, de forma que os direitos e as garantias constitucionalmente assegurados não poderiam ser tolhidos por quaisquer deles. A única diferença, todavia, seriam as demais atribuições institucionais que cada investigador – além de investigar – exerce nas hipóteses específicas de cada ramo. No caso do *Parquet*, um deles é a persecução penal.

Parece ter surgido verdadeiro esquecimento quanto ao complexo organismo que é o Ministério Público, pois ele é responsável por múltiplas competências e não pode, por isso, buscar a observância de uma sem preocupar-se com a preservação de outras.

É incompreensível pensar no *interesse* do Ministério Público em apenas utilizar as provas que agravassem a situação do suspeito, e não as que indicassem sua inocência, como se o *Parquet* estivesse interessado no encarceramento numérico de suspeitos de crimes e não em uma solução juridicamente efetiva e socialmente adequada para a existência de delitos, incluídos, aqui, os fatores criminológicos (e de política social) que lhes são conexos, tais como o perfil do agente do crime, o local da ocorrência de delitos, o motivo, o custo social e outras inúmeras medidas que compõem os elementos necessários às implementações estratégicas de segurança pública e atualização jurídica.

A nossa Suprema Corte, ao reconhecer a possibilidade de investigação autônoma do Ministério Público — e criar o que chamaremos, doravante, de promotor investigador —, perdeu tempo *legislando* o óbvio na fixação da tese do RE 593.727/MG, porque reproduz direitos e garantias que estão na Constituição da República, na Lei 8.906/94 e na Súmula Vinculante nº 14, direitos que não poderiam deixar de ser observados, ainda que não houvesse tese. Por outro lado, esqueceu-se de debater o necessário no que diz respeito, por exemplo, aos cuidados institucionais, e de procedimento, que o próprio Ministério Público deve ter ao conduzir investigações.

2.1 Compatibilizando funções institucionais ao sistema brasileiro

Algumas preocupações quanto à controvérsia parecem estar nos campos equivocados, desperdiçando energia. Para abordá-las, primeiro, faz-se necessário ressaltar, brevemente, as funções institucionais e os procedimentos que, embora sejam de importância máxima, não foram sequer mencionados.

Inicialmente, quanto aos benefícios que decorrem da existência do “promotor investigador”, é evidente que não existe implementação de ordem tecnológica, na área técnica, que resulte em óbvio aprimoramento. Na verdade, as maiores vantagens surgem da maior celeridade, da aproximação do *Parquet* aos fatos e de uma blindagem política coletiva.¹⁴

¹⁴ Referimo-nos às garantias, cuja utilidade é assegurar o livre exercício das funções (destinação, autonomias, princípios, vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e regime especial).

A celeridade é alcançada pela redução de filtros pelos quais passam as informações até chegarem a cada órgão no MP. É certo que, diante do dever de controle da atividade externa, vários membros mantêm-se próximos às atividades praticadas em delegacias, mas, ao conduzir, ele mesmo, a investigação, a aproximação é, além de técnica, social, uma vez que alcança vantagem não apenas sob a ótica de eficiência estatal, mas reduz parte da burocracia para beneficiar a sociedade, que passa a ter economia no custo social e aumento da qualidade da prestação de serviço democrático, pois tem os seus direitos observados mais de perto.

A aproximação do promotor aos fatos também é responsável pela ciência que o membro a par da investigação tem dos hábitos policiais passíveis de controle externo, compondo, assim, uma maior resposta a problemas recorrentes, como abusos e torturas, e assegurando, simultaneamente, um melhor cumprimento de competências institucionais do próprio Ministério Público, que passa a lidar mais diretamente com fatos jurídicos e percebe quando há o envolvimento daqueles que tem o dever de representar: crianças, idosos, deficientes, indígenas, consumidores, etc.

Finalmente, aquela que acreditamos ser a maior qualidade da figura do “promotor investigador” é o fato de que, ao participar diretamente de procedimentos investigativos, os servidores, as autoridades e os técnicos que compõem a força-tarefa e atuam pelos atos do dito “inquérito penal”, bem como os atos procedimentais executados, absorvem parcela da blindagem

institucional brandida pelo membro do *Parquet*, ficando menos suscetíveis a manipulações externas, ameaças de todo gênero e corrupção.

Tais qualidades supracitadas, embora inegáveis, não chegaram a ser debatidas no julgamento do STF, apenas houve a preocupação de que o MP, ao investigar, não exagere nem prejudique os direitos e as garantias de suspeitos e demais atores no processo administrativo de investigação.

Ora, os direitos dos investigados, das vítimas, dos profissionais envolvidos e de todos aqueles que, porventura, venham a tomar assento no procedimento de investigação contam com eles mesmos para suscitar, juridicamente, ao “juiz das garantias” do nosso sistema acusatório as respectivas proteções e medidas de urgência que se fizerem necessárias para combater atos coatores, ilegais ou irregulares, sejam eles perpetrados por delegado de polícia, outro membro do Poder Executivo ou promotor investigador.

O que acreditamos ser mais importante é debater como esse papel institucional de investigação autônoma e direta — que se agrega as demais funções do Ministério Público — irá se relacionar com os demais formatos de procedimentos investigatórios já existentes, com as outras autoridades responsáveis por cada um deles e com as bases do sistema acusatório.

Perceba-se que, aqui, quando falamos em forma de proceder, cumpre distinguir as atuações do Ministério Público do Tribunal de Contas, do Banco Central, da Receita Federal e da Controladoria-

-Geral da União. Não no que tange ao grau de observância dos direitos e das garantias fundamentais dos suspeitos – que deve ser igualmente respeitado por todo o Estado – e sim em como o Ministério Público, diante de suas características próprias e deveres institucionais que o diferenciam dos demais organismos públicos, deve, em grau de procedimento, conduzir a investigação, a fim de que sua relação com as investigações paralelas, demais autoridades e sistema acusatório seja adequada.

Essa distinção envolve temas que são extremamente importantes para que o “promotor investigador” possa atuar e começa pelo caráter de coexistência ou substituição, que deve ser avaliada, entre o procedimento de investigação do *Parquet* e o inquérito policial, razão pela qual deveriam existir estudos quanto à viabilidade de serem estabelecidos critérios temporais, hierárquicos etc.

Em seguida, seria necessário destacar o importante papel de cooperação entre autoridades. Seja no caso em que há coexistência de ambos os procedimentos ou naquele em que determinado procedimento de investigação, sendo anterior ou posterior, persista sobre o outro. O promotor, investigando ou não, e o delegado de polícia que preside o inquérito policial, de qualquer forma, atuariam juntos, fosse por cooperação, situação na qual haveria ampla comunicação de fatos e atos processuais, mas cada qual em seu procedimento; ou, em uma segunda hipótese, na qual haveria uma fusão entre as unidades, com a blindagem “institucional” de um complementando as ferramentas técnicas

e de execução do outro. A partir do momento que reconhecemos ser inevitável o contato, quais seriam os preceitos constitucionais a serem priorizados para o desenvolvimento, e sucesso, desses procedimentos? Não sabemos. Aliás, com tão pouco dito sobre o tema, alguém poderia até sugerir que, atendidos os direitos estabelecidos no julgamento, poderia desenvolver-se de qualquer forma.

Finalmente, questão ainda mais profunda, que se relaciona com o nosso próprio sistema jurídico e faz esse impasse processual parecer um soluço formalista, diz respeito a própria preservação do sistema acusatório.

É de fundamental importância estabelecer limites de atuação ao Ministério Público, para que, até mesmo acidentalmente, não venha a frustrar o propósito das garantias que ensejaram a *virada acusatória* das últimas décadas. Um dos fatores que valeria a pena discutir seria, de imediato, se o “promotor investigador” que conduz o inquérito penal poderia ou não atuar no mesmo caso após o fim da investigação e o início do procedimento judicial. Em resposta positiva, é importante analisar se seria possível qualquer atuação, como (e inclusive) no oferecimento de denúncia, ou se apenas seria tolerável uma mera consulta, como, por exemplo, em decorrência de simples intimação para esclarecimento acerca das provas produzidas durante a condução da investigação.

Ora, como falamos, o promotor que venha a investigar não se encontrará em posição mais sensível, que possa ensejar, propriamente, qualquer espécie de interesse. Na verdade, ele seria

tão parcial quanto hoje é o delegado ou qualquer outra autoridade que, sob a bandeira do Estado, conduz procedimentos *apuratórios*.

No entanto, diante de toda a preocupação demonstrada durante o julgamento do RE 593.727/MG acerca da autorização do poder de investigação direta pelo Ministério Público, desde que respeitados os limites, surge uma nova preocupação: a de que, pelo fato de o órgão acumular a função de *dominus litis*, ao questionarem seus atos investigativos em sede jurisdicional, seja-lhe dado um tratamento tendencioso ou parcial em decorrência do ranço argumentativo que, imprecisamente, circunda a matéria, deixando – o juiz de garantias – de analisar a regularidade do procedimento como investigação administrativa criminal “ordinária”, tal como os atos do delegado de polícia devem ser analisados.

Para evitar que algo assim tome forma no nosso sistema jurídico, teria sido recomendável que o Supremo Tribunal Federal houvesse esclarecido os cuidados necessários a essa empreitada, ou seja, estabelecido características passíveis de reduzir o espectro de diferenças entre o promotor investigador e os demais responsáveis por investigações no nosso país. Um bom exemplo seria uma possível vedação a que o promotor investigador fosse, ao mesmo tempo, o órgão do Ministério Público responsável por oferecer a respectiva denúncia.

O raciocínio se desdobra paralelamente às observações que faz Ada Pellegrini Grinover ao ressaltar que pode haver uma contaminação de influências entre a investigação preliminar e

o processo, por duas razões, “a primeira, porque quem realiza o juízo de pré-admissibilidade da acusação é o mesmo juiz que proferirá a sentença no processo. A segunda, porque os autos do inquérito são anexados ao processo” (GRINOVER, 1998, p. 239).

Certamente, no sistema acusatório, a preocupação com a imparcialidade do juiz é mais preocupante, mas subestimam o papel do Ministério Público aqueles que acreditam na impossibilidade de influências, sejam ou não acidentais.

Exatamente pela extensão das blindagens, interpretadas como garantias, proporcionar maior poder de fogo, nada mais prudente do que assegurar que a responsabilidade que a acompanha seja preservada, alcançando efetivamente o propósito democrático a que se propõe o *Parquet*.

Nessa toada, merece destaque explicação presente na obra de Aury Lopes Jr. que, ao comentar como os legisladores espanhóis e italianos trataram a “contaminação” no sistema acusatório, revisitou os seus fundamentos basilares, *in verbis*:

[...] leva-nos a defender como única solução uma reforma urgente, que determine a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo, evitando o que o legislador espanhol de 1995 definiu como indesejáveis confusões de fontes cognitivas atendíveis, contribuindo assim a orientar sobre o alcance e a finalidade da prática probatória realizada no debate (ante os jurados).

É uma técnica que também utiliza o sistema italiano, eliminando dos autos que formarão o processo penal todas as peças de investigação preliminar (indagine preliminare), com exceção do corpo de delito e das antecipadas, produzidas no respectivo incidente probatório. (LOPES JUNIOR, 2015, p. 164).

É previsível que o excesso de regulação à atuação ministerial possa beirar o absurdo de prejudicar a própria conquista em ser capaz de investigar diretamente, mas, considerando as características do país em que vivemos (o qual apenas recentemente escapou de passado autoritário), deveríamos admitir que integramos uma realidade em que presunções, ainda que muito evidentes, não são suficientes para convencer ninguém. Não adianta ser honesto, há de provar-se que o é. Não adianta presumir-se democrático, necessário é demonstrar.

A pergunta que deve ser feita, na verdade, é se possível determinação no sentido de afastar o promotor investigador do oferecimento da denúncia, considerando a ponderação de interesses em cena, seria compatível com os princípios da unidade e da independência funcional. A resposta é previsível: aqueles que entenderem existir grande influência do membro do Ministério Público responderão que sim. Os demais, que defenderem a completa inofensividade, dirão que não.

O que sugerimos está longe de ser uma regulação do Supremo Tribunal Federal à atuação do Ministério Público, enquadrando-se, no cenário político, como atuação conjunta da República e de seus poderes para que fundamentos constitucionais da nação sejam alcançados com efetividade e que o caminho escolhido seja justificável, afastando, a todo custo, os argumentos de autoridade deste ou daquele poder.

A nossa proposta¹⁵ não é inédita. Aliás, conta com atualíssimo exemplo, uma vez que o STF, em março do ano de 2016, julgou a ADPF nº 378, que discutia a validade dos dispositivos da Lei nº 1.079/1950 que dispõem sobre o procedimento do processo de *impeachment*. O cuidado, como no caso da investigação autônoma por parte do Ministério Público, é de não esvaziar o instituto que se analisa — no caso da ADPF 378, garantir o caráter político do *impeachment*, bem como sua efetividade.

É claro que quanto mais se discute, mais há para se discutir. No caso sob análise, digamos que houvesse manifestação do Supremo para que o membro do *Parquet* que participou da investigação não pudesse oferecer denúncia, a fim de não frustrar o princípio do promotor natural. Surgiria, então, a seguinte pergunta: “Considerando que não há foro por prerrogativa de função em procedimento de investigação administrativa, mas que os membros do MP sempre atuam, na jurisdição, em instância respectiva à posição de seu cargo na carreira, poderia um promotor de justiça adjunto investigar o governador de seu estado federado?”

Ao nosso ver, e com todas as vênias, no julgamento do RE 593.727/MG, vários dos ministros buscaram — ao invés de frisar a vontade do poder constituinte por via mais simples e direta — apenas construir uma base normativa que legitimasse o

¹⁵ De que o STF houvesse participado com viés mais processual/procedimental penal no julgamento.

papel investigativo do Ministério Público, desperdiçando grande oportunidade para dirimir questões de alta indagação.

Por esse motivo, muito do que foi discutido não se aproveita, e a outra metade não ficou muito clara nem mesmo para os ministros.¹⁶

2.2 Incongruências jurídicas (e lógicas) do julgamento do RE 593.727/MG

Dizer que houve esvaziamento jurídico no julgamento é um exagero, mas, certamente, o potencial que poderia ser alcançado foi desperdiçado com excessivas análises, em particular, sobre três fundamentos: a) desnecessidade de inquérito policial para oferecimento da denúncia; b) aplicação da teoria dos poderes implícitos e c) fixação de casos concretos, escolhidos conforme a jurisprudência, mas intitulados de *exceções constitucionais*.

Em breve análise, o primeiro fundamento que foi recorrente no julgamento do RE 593.727/MG – desnecessidade do inquérito policial para o oferecimento da denúncia – é, obviamente, e por uma clareza solar, incapaz de proporcionar lógica que conduza a absurda conclusão de que o *Parquet* pode investigar.

¹⁶ Durante o julgamento, vários foram os momentos em que os Ministros não compreenderam a extensão do reconhecimento do poder de investigação. A leitura dos debates integrantes do Acórdão, no qual sugere-se o *distinguishing*, são recomendados. (BRASIL, 2015, p. 152-157, p. 160-164 e p. 273-279).

O fato de algo “A” ser desnecessário para alguém executar algo “B” não autoriza nem concede as ferramentas, por si só, para que esse alguém produza a coisa “A”.

Na verdade, todas as vezes que se fala na desnecessidade de inquérito policial para o oferecimento de eventual denúncia significa que o resultado — geralmente alcançado pelo inquérito policial —, que é a materialidade do fato e o indício de autoria, foi alcançado por outro meio, tais como reunião de elementos pela própria vítima, detetive particular, jornalismo investigativo, fornecimento de informações por outros órgãos do Estado (Banco Central, CADE, Tribunal de Contas, Receita Federal etc.). Parafrazeando as palavras do próprio Ministro Carlos Ayres Britto, “a investigação criminal seria gênero do qual o inquérito policial é espécie” (BRASIL, 2015, p. 150).

Isso demonstra que a investigação criminal acontece — e vem sendo implicitamente considerada constitucional — independentemente de ser titularizada ou não pela polícia judicial. Ou seja, dizer que não há necessidade de inquérito policial para o oferecimento de denúncia *é dizer que a atividade de investigação criminal não é, e nunca foi, exclusiva da polícia.*

Em seguida, temos o fundamento amplamente utilizado pelos votos vencedores, o da *teoria dos poderes implícitos*, que veio socorrer aqueles que buscavam defender que existe uma base normativa para *amplo* poder de investigação direta pelo Ministério Público.

O voto da Ministra Rosa Maria Weber faz belíssima explanação sobre do que se trata, *in verbis*:

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, liderada pelo Chief Justice John Marshall (a ela indicado pelo ex-Presidente John Adams, federalista), para afirmar a validade da constituição de um banco federal, cunhou a doutrina dos poderes implícitos. Extraíu-a da assim denominada “necessary and proper clause” da Constituição norte-americana (artigo 1, seção 8, cláusula 18), que atribui ao Congresso o poder de editar qualquer lei necessária e apropriada para execução dos poderes concedidos ao Governo Federal pela Constituição.

Segundo Marshall, a Constituição não pretende ser exaustiva e desnecessário que os poderes por ela atribuídos contenham a explicitação dos meios necessários a sua execução:

“Uma Constituição, para que contivesse em acurado detalhamento todas as subdivisões dos grandes poderes que admitisse, ou todos os meios através dos quais esses poderes poderiam ser executados, iria compartilhar a prolixidade de um Código e não poderia, salvo escassamente, ser abraçada pela mente humana. Ela provavelmente nunca seria entendida pelo público. Sua natureza, portanto, exige que somente suas grandes diretrizes seja traçadas, seus objetivos importantes designados, e que os ingredientes menores que compõem esses objetivos sejam deduzidos da natureza dos próprios objetivos. Na consideração dessa questão, então, nós não devemos nunca esquecer que é uma Constituição que estamos interpretando (em inglês, a célebre parte final “In considering this question, then, we must never forget that it is a Constitution we are expounding”).”

Se cabe ao Ministério Público a persecução penal, pode ser pontualmente necessária a realização, por via direta, de atos investigatórios. Parafraseando Marshall, desarrazoado argumentar que seria do interesse da Nação “barrar e embaraçar sua execução proibindo os meios mais apropriados”, tornando o Ministério Público refém da atividade investigatória realizada por outras instituições. (BRASIL, 2015, p. 238).

Em outros termos, o *Parquet*, por ser o *dominus litis*, ou seja, por ter o dever e a responsabilidade da persecução penal, conforme o art. 129, I, da Constituição República, tem, por consequência e implicitamente, o poder de investigar criminalmente.

Acontece que, de acordo com o que demonstramos acima, quando falamos da desnecessidade do inquérito policial para o oferecimento da denúncia significa, exatamente, que o Ministério Público não precisa investigar para exercer devidamente a sua função de *dominus litis*, uma vez que não só a polícia judicial — que *preferencialmente* investiga em sede criminal —, mas também diversos outros órgãos e os particulares podem, livremente, fazê-lo, fornecendo os elementos indiciários necessários à persecução penal.

Ou seja, em regra, no Brasil, o fato de o Ministério Público não investigar não enseja qualquer prejuízo para a persecução penal. Na verdade, nem mesmo há, dentro da instituição, especialização ou *expertise* que justifique o remanejamento da função com forma de assegurar meios investigativos mais apropriados.

Impossível é, assim, utilizar a *teoria dos poderes implícitos* para fundamentar os votos que autorizaram, no julgamento do RE 593.727/MG – *de forma ampla, plena e integral* – a investigação direta pelo Ministério Público. Isso porque, ao esmiuçarmos a supracitada teoria, percebe-se que ela apenas legitimaria a investigação direta nos casos em que, inexistindo investigação criminal impeditiva de que o Ministério Público exerça sua função

de *dominus litis*, o poder de investigação direta, nessas hipóteses, estaria assegurado implicitamente ao *Parquet* pela Constituição da República de 1988.

Dessa forma, os votos conduzidos pela teoria de *Marshal* seriam, ao aplicá-los a realidade brasileira, reconhecedores da inexistência do poder de investigação direta pelo Ministério Público, exceto nos casos em que comprovada limitação à persecução penal ocorresse, como, por exemplo, manipulações políticas de delegados e agentes da polícia judiciária ao serem perseguidos dentro do Poder Executivo por investigar o Governo.

Finalmente, os votos dos Ministros Peluso, Lewandowski e Toffoli fundamentados na ideia de que, diante da ausência de autorização expressa para investigação direta pelo Ministério Público, apenas poder-se-ia tolerá-la em hipóteses específicas, quais sejam, *in verbis*:

[...] que tenha por objeto fato ou fatos teoricamente criminosos praticados por membros ou servidores da própria instituição, praticados por autoridades ou agentes policiais ou, ainda, praticados por outrem, se, a respeito, a autoridade policial, cientificada, não haja instaurado inquérito policial. (BRASIL, 2015, p. 50).

Esses votos, embora tenham concluído por ser impraticável que o Ministério Público investigue diretamente em matéria criminal (baseados em argumento bastante simplista — ausência de autorização expressa na Constituição da República —, deixando de visualizar contexto mais harmônico entre os dispositivos,

princípios e fundamentos da República), reconheceram, ao final, exceções, nas quais seriam permitidas as investigações. Tais exceções, exatamente por serem casos em que a investigação pelo Ministério Público se mostrariam útil, eficiente e necessária, não deveriam ser *numerus clausus*, porque não há como prever todas as configurações sociais de fatos que urgiriam por uma investigação do *Parquet*.

Inegável, no entanto, que diversos benefícios podem se materializar com base na análise do STF, os quais passamos a abordar.

3 Conclusão: os aspectos positivos que se consolidam após o julgamento do RE 593.727/MG

Ao analisarmos a que conclusão chegou a nossa Suprema Corte no julgamento do RE 593.727/MG, poucos são os pontos em que há, de fato, maioria, e menos ainda são os que, fazendo sentido, proporcionam algum impacto jurídico.

De início, a primeira concordância percebida foi que, independente dos formatos dos votos, 10 (dez) dos 11 (onze) ministros do STF, vencido o Ministro Marco Aurélio, entenderam que a atividade investigativa desenvolvida diretamente pelo Ministério Público – para uns, em parcela maior do que para outros – tem envergadura para combater, de maneira extremamente eficiente, diversas formas de delinquência, seja ao perseguir os crimes que tenham em vista determinadores atores sociais ou os que tenham como palco determinadas instituições públicas.

O segundo momento de convergência está no ponto em que os julgadores se manifestaram sobre a titularidade da investigação criminal exercida pelo Estado, a ser conduzida, preferencialmente, pela polícia judicial. Os ministros argumentaram no sentido de que a atividade do Ministério Público deve ter caráter subsidiário, sem que jamais tenha o propósito de esvaziar as competências ordinárias da polícia.

Ora, embora bastante útil, fica evidente o caráter mais político do que processual desse ponto da decisão, no qual resta evidente que a preocupação maior foi a de manter a situação do Ministério Público apaziguada com a polícia judicial. Todavia, poderiam, também, ter sido analisados os aspectos essenciais quanto ao relacionamento processual das instituições, ou seja, como se daria a relação institucional em questões temporais, de existência concomitante ou sucessiva de investigações, e como seriam resolvidos os aspectos hierárquicos de diligências necessárias.

Finalmente, o terceiro ponto em que há consonância é a observância das garantias e dos direitos fundamentais dos investigados, advogados e demais atores que venham a figurar, de qualquer forma, no procedimento de investigação.

No ponto, de tão importantes, é verdade que os direitos e as garantias fundamentais não poderiam ter sido esquecidos e, portanto, receberiam, certamente, grande destaque no julgamento.

A crítica que se faz aqui é quanto à excessiva preocupação com a sensibilidade a esses direitos, uma vez que, como

sabemos, já deveria estar intrínsecos no seio social e que, de tão importantes, não podem ser jamais desconsiderados, ainda que fosse outro direito fundamental em oposição, quiçá, então, sendo mera substituição da competência investigativa.

Ao perceber que o julgamento gastou tanta energia para frisar e repetir o que já deveria estar óbvio na nossa sociedade (que toda instituição pública deve respeitar integralmente os direitos e as garantias fundamentais, sem questionamento), ficou clara a fragilidade de toda a República Federativa brasileira, na qual o Supremo Tribunal Federal teve de “recomendar” ao próprio Ministério Público a não violação aos direitos pelos quais ele mesmo deve zelar.

Por outro lado, a despeito das nossas críticas, a fixação da tese foi uma conquista.

No cenário mundial moderno, como no Brasil, o maior emaranhado de relações sociais – causado pela comunicação de múltiplos sistemas – afetou, também, a evolução criminológica, de forma que temos, atualmente, organismos delinquentes propriamente autopoieticos¹⁷. Não estamos dizendo que o criminoso está mais tecnológico, e sim que a estrutura institucional para a qual a polícia judicial foi criada não mais é mesma, existindo uma evidente dificuldade de investigar por meio de estruturas burocráticas da sociedade moderna.

¹⁷ Os sistemas autopoieticos são aqueles que por si mesmos produzem não só suas estruturas, mas também os elementos dos que estão constituídos – no interior destes mesmos elementos.

Simultaneamente, as vítimas de crimes de outrora, que eram, em sua maioria esmagadora, pessoas consideradas individualmente (vítimas de furtos, roubos, fraudes) passaram, em grau cada vez maior, a ser grupos sociais, vítimas de crimes sem individualização do prejuízo, como o tráfico, a corrupção, a lavagem de dinheiro e a improbidade administrativa.

Nesse cenário, a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público articula, estrategicamente, maior gama de elementos necessários ao sucesso no combate ao crime organizado, auxiliando na comunicação institucional entre órgãos do Poder Público, uma verdadeira cooperação.

É diante dessa inegável realidade, que o reconhecimento dos poderes investigativos do Ministério Público deveria ter acontecido por linhas ainda mais simples, de forma ainda mais direta –e clara para a sociedade –, demonstrando que não resta dúvida de que o progresso que chega contra os mais elevados níveis de delinquência conta com um apoio intenso e incessante do Poder Judiciário.

Para isso, seria recomendável um julgamento que, de forma simples e clara, fizesse um apanhado, por exemplo, da aplicação dos princípios constitucionais interpretativos da unidade da

Constituição¹⁸, do efeito integrador¹⁹ ou da harmonização²⁰, sendo dispensados os embates teóricos acerca da dispensabilidade do inquérito policial, da teoria dos poderes implícitos e da fixação de hipóteses autorizadoras específicas.

Foi nesse formato que votou o Ministro Luiz Fux, vejamos:

A inexistência de um expreso e específico comando constitucional no sentido da possibilidade de o Ministério Público realizar investigação e instrução criminal não elide o desempenho desse mister pelo parquet. A adoção de um processo hermenêutico sistemático induz à conclusão de que o Ministério Público pode, ainda que em caráter subsidiário e sem o intuito de se substituir à polícia, realizar investigações visando à instrução criminal. De fato, não constitui função precípua do Ministério Público realizar medidas investigativas. Contudo, isso não pode impedir que a referida instituição trabalhe quando se deparar com ilícitos que demandem a sua atuação. (BRASIL, 2015, p. 210-211).

Não estamos, ao compartilhar tal frustração, defendendo que o Supremo Tribunal Federal tivesse legislado sobre o tema, mas aprofundado o cerne do problema, analisando aspectos constitucionais essenciais à compatibilidade do Ministério Público, considerando suas funções institucionais essenciais,

¹⁸ Necessidade de interpretação dos dispositivos constitucionais de forma conjunta, evitando acepções de seus pedaços isolados.

¹⁹ Interpretação que pretende privilegiar abordagens que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política, mas sempre com o cuidado de legitimar o resultado evitando exceder o texto da Carta Magna e violar conquistas democráticas.

²⁰ Busca atender coerência e racionalidade entre normas dentre as quais não há hierarquia.

com a atividade de investigação criminal, a fim de que possam ser evitadas possíveis violações a conceitos basilares que compõem o nosso sistema acusatório, *tais como judicializar o inquérito, relativizar o princípio do promotor natural, dificultar cooperação entre órgãos do Estado.*

Outras questões, também muito interessantes, que exsurtem, por exemplo, da liberdade que tem o *Parquet* para analisar a viabilidade da própria intervenção investigativa, hão de ser esclarecidas, porque a investigação, ou ausência dela, em casos de delitos idênticos, deve ser adequadamente esclarecida à população e/ou aos órgãos de controle externo e interno, demonstrando a predominância e o respeito à atuação isonômica.

A legislação sobre o tema, em verdade, já toma forma com o PL nº 8.045/2010 e o PL nº 5.776/2013, que avançam no Congresso Nacional.

Exatamente por isso, iria representar uma relevante cooperação institucional, da mais elevada categoria, entre os próprios poderes da República, o fato de o Supremo Tribunal Federal aproveitar o julgamento do RE 593.727/MG para, em sede de repercussão geral, sinalizar os cuidados constitucionais que merecem mais atenção, mormente porque o PL nº 8.045/2010 será, em um futuro próximo, o nosso novo Código de Processo Penal.

De fato, a maior conquista que se desprendeu do julgamento foi consolidar a função do Ministério Público como elemento integrador das investigações por duas vias: expandindo

sua blindagem política para aumentar a chance de sucesso da investigação e atuando como *gestor de indícios criminais originados em diversos órgãos distintos* (Receita Federal, CVM, Ibama, Controladoria-Geral da União, Tribunal de Contas), organizando-os de forma a apurar delitos e efetivando a ideia da plena cooperação institucional²¹.

Title: The Public Prosecutor’s Office self-sufficient power of investigation in the review of the RE 593.727/MG: the role of the Supreme Court

Abstract: This study examines the extent of the arguments used by the Supreme Court in the review of the RE 593.727/MG, which recognized the Public Prosecutor’s Office autonomous and self-sufficient power of investigation. From a critical point of view, this article weakens the reasoning advanced by the court’s majority in the review and proposes a reflection about the role which the Supreme Court could have played, had its members better approached the controversy and dealt with the relevant issues which has for decades revolved around the subject of criminal investigation. The reader is urged to reflect on the delineation of the content inserted into the self-sufficient power of investigation, since it is of fundamental interest both to privilege its democratic nature and to establish appropriate means of control, ensuring that the real purpose of this new power be maintained, without prejudice to the observance of the fundamental rights.

Keywords: Self-sufficient investigation. Public Prosecutor’s Office. Fundamental rights.

²¹ Consoante foi ressaltado pelo Ministro Fux, “a excessiva compartimentalização das funções estatais é danosa e ineficiente para a obtenção do resultado a ser almejado com toda e qualquer investigação criminal” (BRASIL, 2015, p. 211).

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 593.727/MG. Relator: Cezar Peluso. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. *Diário do Judiciário Eletrônico*, Minas Gerais, 08 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

FRANÇA, Alexandre Cezar Silva Gonçalves de. O poder de investigação direta pelo Ministério Público no julgamento do Re 593.727/MG: o papel do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 369-412, 2016. Anual.

Submissão: 3/10/2016

Accite: 1/12/2016

Confisco alargado e ação civil de extinção de domínio: avaliação de impacto legislativo de duas propostas de combate à corrupção

João Trindade Cavalcante Filho

Consultor Legislativo do Senado Federal (Núcleo de Direito, área de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Processo Legislativo). Professor de Direito Constitucional em cursos de Graduação e Pós-Graduação. Mestrado em Direito Constitucional (Instituto Brasiliense de Direito Público). Especialista em Direito Constitucional (Instituto Brasiliense de Direito Público).

Juliana Magalhães Fernandes Oliveira

Consultora Legislativa do Senado Federal (Núcleo de Direito, área de Direito Penal, Processual Penal e Penitenciário). Especialista em Direito Processual Penal. Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub.

Resumo: Dentre as “10 Medidas contra a Corrupção” apresentadas pelo MPF, destacam-se duas que têm foco nos efeitos patrimoniais dos crimes: o confisco alargado e a ação civil de extinção de domínio. Defendemos, assim como o MPF, que o Direito Penal deve preocupar-se com os tipos de criminalidade da complexa sociedade moderna, merecendo atenção do legislador os crimes que atingem bens jurídicos transindividuais. Nossa análise sustenta, todavia, os riscos de declaração de inconstitucionalidade das medidas. No confisco alargado, impõe-se, de forma quase aritmética, a perda da diferença entre o patrimônio total do agente e aquele cuja origem possa ser demonstrada por fontes lícitas, o que pode ser interpretado como inversão do ônus da prova em sede penal e ofensa ao princípio da não culpabilidade. Noutra giro, defendemos que a perda civil de bens pode se mostrar uma alternativa juridicamente viável, uma vez tratar-se de ação de natureza civil, não tendo natureza punitiva, mas reparatória. Ainda sim, destacamos a necessidade de proteção do direito de terceiros de boa-fé para assegurar a constitucionalidade da medida.

Palavras-chave: Confisco de bens. Perda de bens. Corrupção – Brasil. Ação civil pública – Brasil. Inconstitucionalidade.

Sumário: Introdução. 1 Contextualização e visão geral dos dois institutos. 2 O “confisco alargado” e os riscos de declaração de inconstitucionalidade. 3 O “confisco civil”: a ação civil de extinção de domínio. 3.1 Efeitos favoráveis (benefícios). 3.2 Efeitos desfavoráveis (custos). 4 Comparação entre confisco alargado e extinção de domínio. 5 Conclusões. Referências.

Introdução

Dentre as várias propostas de combate à corrupção que constam das chamadas “10 Medidas contra a Corrupção”, apresentadas pelo Ministério Público Federal (MPF), destacam-se duas delas, que têm foco específico nos efeitos patrimoniais dos atos dos comportamentos desviantes. Trata-se das proposições para que se institua, no Brasil, tanto o “confisco alargado” de bens quanto a chamada “ação civil de extinção de domínio”.

A segunda dessas propostas foi também encampada pelo Poder Executivo, dando origem à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 10, de 2015, e ao Projeto de Lei (PL) nº 856, de 2015, ambos de autoria da então Presidente da República e em tramitação na Câmara dos Deputados. O texto sugerido pelo MPF, que não altera a Constituição Federal (CF), mas apenas a legislação infraconstitucional, tem muitas semelhanças com a proposta do Executivo e também tramita na Câmara dos Deputados sob a forma do PL nº 4.850, de 2016 (de autoria do Deputado Mendes Thame).

As duas medidas encontram defensores, segundo os quais sua implementação significará um golpe mortal no principal braço que sustenta as organizações criminosas voltadas à prática

de atos de corrupção, qual seja, suas finanças e patrimônio. Há, porém, sérios questionamentos quanto à constitucionalidade dessas alterações legislativas, além de ser apontada a necessidade de uma avaliação prévia dos impactos (legislativo, jurídico e econômico) que sua adoção acarretará.

Tendo em vista a complexidade das propostas e a necessidade de recurso ao direito comparado, este estudo intenta realizar justamente uma avaliação de impacto legislativo das medidas. Essa avaliação de impacto legislativo é proceder ainda pouco comum no Brasil, mas já é uma realidade em diversos outros países (MORAIS, 2010; PAGANO, 2004), estudada no âmbito da chamada Legística: “Tal disciplina ocupa-se de como fazer as leis, de forma metódica e sistemática, tendo por objetivo aprimorar a qualidade desses atos normativos” (MENEGUIN, 2010, p. 7).

Dessa forma, sem necessariamente ser feito um juízo de valor sobre o mérito das proposições, busca-se apontar os efeitos positivos por elas gerados (benefícios), além dos possíveis efeitos negativos (custos, em sentido amplo, abrangendo, portanto, não apenas custos financeiros, mas também jurídicos e sociais) a elas associados. A finalidade dessa análise, portanto, é subsidiar a tomada de decisão legislativa, ao permitir um sopesamento entre custos e benefícios do confisco alargado e da ação civil de extinção de domínio, até mesmo para que se possa verificar o atendimento ao princípio constitucional da proporcionalidade das restrições a direitos fundamentais.

1 Contextualização e visão geral dos dois institutos

O Direito Penal deve se preocupar com os novos tipos de criminalidade decorrentes da complexa sociedade moderna. Atualmente, devem ganhar a atenção do legislador os crimes que atingem bens jurídicos transindividuais, pois o sujeito passivo é a coletividade, cuja proteção revela-se indispensável para a garantia das gerações futuras¹.

O Direito Penal deve ser modernizado e preparado para esta nova realidade, não apenas quanto à eleição do bem jurídico protegido, mas também quanto às penas impostas, já que apenas a pena de prisão se revela insuficiente e inadequada em determinados casos (CORRÊA JÚNIOR, 2006, p. 203).

Neste ponto, portanto, é meritória a iniciativa do MPF em buscar focar a atenção do legislador para as consequências financeiras dos crimes contra a Administração Pública.

¹ Os crimes que lesam bens transindividuais vêm sendo objeto de estudo da criminologia ao menos desde os estudos de Edwin Sutherland, *White Collar Criminality*, in *American Sociological Review* (1939). Veras (2010, p. 26) destaca que: “O prejuízo causado pelos *white collar crimes* à sociedade como um todo era provavelmente bem maior do que os prejuízos da espécie de criminalidade tradicionalmente considerada um problema social. Uma única quebra de banco, por exemplo, poderia gerar prejuízos superiores a todo o valor subtraído em furtos no país durante o ano inteiro. Ou seja, os *white collar crimes* são responsáveis pela perda de confiança nas instituições e por seu funcionamento desvirtuado, com prejuízo para toda a sociedade, empobrecimento e desorganização social, que trazem consigo a expansão da criminalidade “oficial”.

As convenções internacionais², adotadas por diversos países do mundo, inclusive pelo Brasil, observaram que a pena de confisco de bens caracteriza-se como alternativa penal mais justa e adequada para os delitos econômicos, os crimes contra a Administração Pública e aqueles praticados por pessoas jurídicas. Além disso, a perda de patrimônio se revela muito menos lesiva ao indivíduo do que a pena de privação da liberdade.

Ademais, a razão de ser, o móvel dos crimes de corrupção está intimamente relacionado ao desejo de enriquecimento, ambição e cobiça. Então, nada mais razoável do que a reprimenda

² Como exemplo, o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), aprovada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, nestes termos:

“Artigo 31- Embargo preventivo, apreensão e confisco:

1. Cada Estado Parte adotará, no maior grau permitido em seu ordenamento jurídico interno, as medidas que sejam necessárias para autorizar o confisco:

a) Do produto de delito qualificado de acordo com a presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao de tal produto;

b) Dos bens, equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados utilizados na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

2. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias para permitir a identificação, localização, embargo preventivo ou a apreensão de qualquer bem a que se tenha referência no parágrafo 1 do presente Artigo com vistas ao seu eventual confisco.

[...]

8. *Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir de um delincente que demonstre a origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco*, na medida em que ele seja conforme com os princípios fundamentais de sua legislação interna e com a índole do processo judicial ou outros processos” (BRASIL, 2006, grifo nosso).

destinada ao delito seja o desfazimento do patrimônio adquirido de maneira ilícita.

Os Estados modernos vêm dotando suas legislações de vários instrumentos relacionados à perda de bens decorrentes de atividade ilícita. Além da perda de bens clássica, que decorre dos produtos ou proveitos do crime, foram criadas leis para combater a lavagem de dinheiro e o “branqueamento” de capitais. Do mesmo modo, parte dos ordenamentos jurídicos criminalizou a figura do enriquecimento ilícito, para alcançar servidores públicos que apresentassem aumento patrimonial incompatível com seus rendimentos.

Igualmente, as legislações começaram a prever o confisco de bens de origem desconhecida que se encontrassem na posse ou titularidade do agente condenado por crimes econômicos (confisco alargado). Também foram criadas leis que previssem um procedimento *in rem*, de natureza administrativa, dirigido contra coisas de origem suspeita (a *civil forfeiture* do direito estadunidense e a *civil recovery* do direito britânico), imposto aos pretensos titulares que provem a legitimidade da sua pretensão ou a titularidade dos bens, sob pena de os perderem para o Estado³.

³ Podem ser citados os seguintes países que adotaram legislações de confisco alargado e/ou perda civil de bens: Espanha, Países Baixos, França, Alemanha e Itália. Cf. CAEIRO, 2013, p. 453.

2 O “confisco alargado” e os riscos de declaração de inconstitucionalidade

Muitas dúvidas quanto à constitucionalidade do chamado “confisco alargado” foram suscitadas nos países que implantaram a legislação⁴. Cremos que o mesmo ocorrerá no Brasil.

⁴ Como o assunto foi discutido na Alemanha: “A perda alargada (erweiterte Verfall) foi introduzida no § 73d do CP (LGL\1940\2) alemão pela Lei de 15.07.1992, que entrou em vigor a 22 de setembro do mesmo ano. De acordo com o enunciado da norma, em caso de cometimento de um facto ilícito-típico punido por uma norma que expressamente remeta para o instituto da perda alargada, o tribunal ordena a perda dos bens titulados ou detidos pelos autores e participantes sempre que as circunstâncias justifiquem a suposição (“wenn Umstände die Annahme rechtfertigen”) de que eles foram obtidos através ou para o cometimento de outros factos ilícitos-típicos. O Bundesgerichtshof pronunciou-se no sentido da conformidade do confisco alargado com o princípio da culpa e a presunção de inocência constitucionalmente garantidos, adoptando para tanto uma interpretação (muito) restritiva da referida norma: a medida só pode ser decretada se o tribunal se encontrar plenamente convencido, em virtude de exaustiva produção e valoração da prova, que o arguido adquiriu os bens através de factos típicos e ilícitos, os quais todavia não têm que ser individualmente provados; consequentemente, a dúvida razoável sobre a proveniência dos bens impedirá o decretamento do confisco. Mas as dúvidas sobre a constitucionalidade da perda alargada no direito alemão suscitam-se também em outros quadrantes. Na verdade, tanto o legislador como o Tribunal Constitucional pretenderam conferir a esta medida um carácter não penal, por analogia com a perda clássica. Porém, como vimos, a perda clássica, dirigindo-se agora ao valor bruto dos bens obtidos – inovação que, curiosamente, foi introduzida para uniformizar o seu regime com o da perda alargada, criada uns meses depois – tem, de acordo com a doutrina dominante, a natureza de uma pena. Ora, parte da doutrina entende que, ao invés do que ocorre com a perda clássica, não é possível fazer aqui uma interpretação conforme com a Constituição, de maneira a harmonizar o regime com o princípio da culpa, visto que este foi expressamente afastado pelo legislador e aquela interpretação implicaria, na realidade, a (metodologicamente ilegítima) determinação de uma nova norma. Consequentemente, o § 73d seria inconstitucional” (CAEIRO, 2013, p. 460).

Com efeito, a proposta do MPF prevê, como decorrência de uma condenação criminal, “a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas” (BRASIL, 2016, p. 3).

Trata-se de sanção de origem criminal, seara em que impera a presunção da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII). Assim, serão inúmeros os reclamos de que a norma não se coaduna com nossos princípios constitucionais e a probabilidade de declaração de inconstitucionalidade é elevada.

Além disso, a criação de hipótese de confisco por meio de lei ordinária, sem correspondente no art. 243 da CF⁵, tem risco relativamente alto de ter a constitucionalidade questionada.

Importa destacar que o confisco alargado, como efeito genérico da condenação – que recairá sobre todos os bens que integram o patrimônio do réu – guarda semelhança, mas não identidade, com o confisco decorrente do crime de enriquecimento ilícito (ESSADO, 2014, p. 13).

No enriquecimento ilícito, é dever do Estado provar que houve o enriquecimento, mediante aumento significativo do patrimônio do servidor público, e que esse acréscimo patrimonial é incompatível com os rendimentos que aufera. Assim, o patrimônio incrementado necessita ser demonstrado pelo órgão

⁵ Perceba-se que, para a previsão de confisco dos bens utilizados para a exploração do trabalho escravo, foi aprovada uma Emenda Constitucional (EC), a EC nº 81, de 5 de junho de 2014.

de acusação e, caso a ilicitude reste comprovada, o confisco sobre esses bens especificados ocorrerá.

O enriquecimento ilícito é um crime contra a Administração Pública, assim, o sujeito ativo será um servidor que deve agir pautado pela moralidade e probidade administrativas. Ademais, ao tomar posse no serviço público, o agente está ciente do regime de direito público a que está submetido, destacadamente ao dever de apresentar declaração de bens e valores que constituam todo seu patrimônio (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 13, § 5º). Desta maneira, o desvalor da conduta do referido delito, associado ao regime de direito público a que se submetem os servidores, ampara a legitimidade de sua previsão em nosso ordenamento.

Nesse sentido, Rosseto sustenta que:

Sob o ponto de vista fragmentário, a criminalização do enriquecimento ilícito se justifica tendo em vista a intensa gravidade da lesão à qual a conduta do agente submete o bem jurídico. Explica-se: os agentes públicos, como *longa manus* do Estado, são detentores de poderes meramente instrumentais, indispensáveis para gerir os interesses públicos. O uso destes poderes encontra legitimidade, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos (...), sendo inadmissível a utilização dessas prerrogativas para a satisfação de interesses e conveniências particulares. Entretanto, contrapostos a esses poderes existe uma gama de deveres que devem ser criteriosamente observados, como, por exemplo, o dever de probidade e transparência (ROSSETO, 2011, p. 924).

O confisco de bens no crime de enriquecimento ilícito se justifica pelas provas que são produzidas no processo penal que leva à presunção – objeto de prova, evidentemente – de que o

incremento de patrimônio do servidor, sem correspondência em seus rendimentos declarados, foi adquirido de maneira ilícita. Lembre-se novamente de que o servidor público possui o dever de declarar seu patrimônio à Administração.

Por sua vez, a previsão do art. 91-A – que a proposta do MPF pretende inserir no Código Penal – não incidirá apenas sobre crimes contra a Administração Pública, mas sobre um extenso rol de delitos; e o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa. Ademais, a definição da extensão do confisco se dá de forma aritmética: a perda de bens incidirá sobre o patrimônio total do indivíduo, exceto sobre os bens de origem lícita comprovada – daí o nome de “confisco alargado”.

Para fins deste estudo, portanto, adota-se o entendimento de que o confisco alargado corre grande risco de ser declarado inconstitucional – ao menos da maneira apresentada pela proposta do MPF – por violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, na sua consequência e vertente do direito à não autoincriminação.

A compreensão decorre do princípio de que o réu não é obrigado a produzir provas contra si mesmo⁶ e é presumidamente

⁶ Apenas para promover o debate, é bom destacar o princípio da não autoincriminação não está expresso no texto constitucional. A doutrina defende que o princípio decorre do direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII), e sua interpretação deve ser alargada para compreender também: o direito de não colaborar com a investigação ou com a instrução criminal; o direito de não declarar contra si mesmo, o direito de não confessar, o direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, o direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica. Todavia, em virtude dessa incompletude normativa explícita, há corrente doutrinária e jurispruden-

inocente, até que se prove o contrário. Assim, não seria obrigado a comprovar que todo seu patrimônio é originado de fontes lícitas.

3 O “confisco civil”: a ação civil de extinção de domínio

Noutro giro, a perda civil de bens poderá se mostrar uma alternativa juridicamente viável no ordenamento brasileiro, ainda que também possa ter sua constitucionalidade questionada, consoante se verá.

A ideia de uma ação desse tipo se baseia na concretização do princípio constitucional da função social da propriedade (CF, art. 5º, XXIII), segundo o qual a propriedade só é legítima quando utilizada de forma a maximizar o bem-estar da coletividade.

Sobre esse ponto, Essado (2011, p. 2) considera que:

A declaração judicial de perda do bem, atualmente, na esfera processual penal ocorre simultaneamente com a análise da culpabilidade, eis que esta atua como pressuposto lógico necessário do confisco, em nome do princípio da presunção de inocência. Inexiste no Brasil qualquer procedimento extrapenal, de natureza judicial, que foque a propriedade ilícita, sem discussão sobre culpabilidade, cujo resultado venha a ser a declaração de extinção de domínio. Constata-se que se é indesejável a ofensa indevida e injusta à liberdade, também não se pode tolerar a propriedade ilícita. A propriedade como direito fundamental, tutelada pelo texto constitucional, trata-se daquela de origem lícita. A propriedade fundada no ilícito é absolutamente contrária aos ditames constitucionais, não atendendo, pois, aos fins sociais.

cial (Corte Suprema dos Estados Unidos, Caso *Schmerber vs. Califórnia*, 1966), no sentido de que o direito de não autoincriminação só valeria em relação ao silêncio e às declarações comunicativas do réu (orais ou escritas) Cf. GOMES, 2010.

A proposta do MPF cria a chamada extinção de domínio, a incidir sobre bens ou direitos que:

- I – proceda direta ou indiretamente, de atividade ilícita;
- II – seja utilizado como meio ou instrumento para a realização de atividade ilícita; III – esteja relacionado ou destinado à prática de atividade ilícita;
- IV – seja utilizado para ocultar, encobrir ou dificultar a identificação ou a localização de bens de procedência ilícita;
- V – proceda de alienação, permuta ou outra espécie de negócio jurídico com bens abrangidos por quaisquer das hipóteses previstas nos incisos anteriores (BRASIL, 2016, p. 18).

Nesses casos, o órgão acusador terá o dever de provar, de forma específica, que os bens, os direitos, os valores decorrentes de atividade criminosa são produtos ou instrumentos de crime, próximo do que já ocorre com o confisco clássico (art. 91, II, *a* e *b*, CP). Ressalte-se, existe o dever do autor de provar o liame que relaciona o bem e a atividade ilícita.

A ação de extinção de domínio tem o benefício de não depender do desfecho das ações civis ou penais eventualmente iniciadas contra o mesmo réu (art. 6º da proposta) e possuirá todo o procedimento detalhado em lei (art. 6º e seguintes da proposta), o que agrega segurança jurídica.

Ademais, é fruto de aprofundados estudos da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (ENCCLA), que aconselham sua criação no País⁷. O argumento que se teve em mente,

⁷ Ações de 2013: Ação 10 – Acompanhar a elaboração e respectiva tramitação das propostas legislativas sobre bloqueio administrativo de bens, em cumprimento às Resoluções do Conselho de Segurança da ONU, *e do*

como visto, é que a repressão à criminalidade organizada deve ser distinta em relação à criminalidade comum e que a concentração de patrimônio por partes dos criminosos é fator de perpetuação dos crimes.

A proposta da ação de extinção de domínio, ao contrário daquela que cria o confisco alargado, prevê uma ação de natureza civil; isto é, não tem propriamente natureza punitiva, mas, sim, eminentemente reparatória (compensar a coletividade pelos males decorrentes da prática do ilícito, compensação essa que é feita com a tomada do patrimônio). Justamente por isso, tende a enfrentar menos resistências e menor risco de declaração de inconstitucionalidade, embora exista na doutrina quem defenda a aprovação conjunta da ação de extinção do domínio e do confisco alargado (BECHARA, 2012, p. 365).

Passaremos, agora, a detalhar os principais custos e benefícios dessa ação de natureza civil.

3.1 Efeitos favoráveis (benefícios)

O primeiro benefício que a medida traz, na esteira do que expusemos quando da contextualização, é o combate efetivo e eficaz à criminalidade, por meio do ponto que é mais sensível às

instituto da extinção de domínio com vistas ao encaminhamento ao Congresso Nacional, bem como propor, analisar e acompanhar propostas legislativas que versem sobre os seguintes temas: (i) regulamentação do lobby; (ii) conflito de interesses; (iii) responsabilização de empresas por atos de corrupção; (iv) criminalização do enriquecimento ilícito; (v) ratificação da Convenção da OIT sobre o trabalhador migrante; e (vi) organizações criminosas.

organizações criminosas: o patrimônio. É uma ferramenta muito útil nos EUA na luta contra as drogas e, mais recentemente, contra o terrorismo (THOMPSON, 2001, p. 71).

Por outro lado, a criação de uma ação civil de extinção do domínio tende a acelerar a perda dos bens, operações que hoje são realizadas por meio de medidas cautelares penais (sequestro, hipoteca legal, etc.) e que estão ligadas à necessidade de demonstração de culpabilidade (ainda que cautelarmente). No caso da ação civil, tem-se uma tramitação mais rápida – uma vez que, ao menos em tese, a duração de um processo penal tende a ser maior. Porém, de acordo com os dados do levantamento “Justiça em Números”, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), essa aceleração não tende a ser tão significativa, pois a taxa de congestionamento em primeiro e segundo graus de jurisdição não é tão maior na esfera penal do que na esfera cível.

Sem dúvida, no entanto, o maior benefício da instituição da ação civil de extinção do domínio é a possibilidade de se admitirem, por se tratar de ação civil, uma inversão – ou, ao menos, uma relativização – do ônus da prova, o que dificilmente seria admitido na área penal. Eis, inclusive, uma das grandes vantagens da ação civil de extinção do domínio frente à proposta do confisco alargado.

Nessa mesma toada, a ação civil tem a vantagem de não depender da comprovação do crime ou da conclusão do processo na esfera criminal, o que é um dos motivos pelos quais é tão valorizada no direito norte-americano.

Ação semelhante foi adotada na Colômbia, por meio da Lei nº 793, de 2002. Nesse ordenamento, quanto ao ônus da prova,

[...] cabe ao Estado demonstrar que os bens pertencentes ao sujeito são incompatíveis com suas reais condições financeiras, fundadas em atividades lícitas. Por outro lado, o titular da propriedade tem o dever de demonstrar a licitude de seus bens, distribuindo-se, dessa maneira, a carga probatória entre autor e réu da relação processual (ESSADO, 2011, p. 2).

Essa relativização do ônus da prova – ou, como se queira, da distribuição dinâmica da carga probatória – decorre da natureza da ação: enquanto o confisco (simples ou alargado) é um efeito da condenação penal (portanto, uma ação pessoal, *in personam*), a extinção civil do domínio é uma ação de natureza patrimonial (*in rem*).

A lei colombiana, por outro lado, prevê crimes antecedentes necessários – como acontece, também, nos Estados Unidos (VASCONCELOS, 2011, p. 67). Na doutrina, contudo, há quem defenda o modelo aberto (Idem, *ibidem*, p. 73), que consta da proposta do Poder Executivo (PL nº 856, de 2015, na Câmara dos Deputados).

Uma previsão bastante salutar constante do texto do anteprojeto do MPF (art. 18) é a destinação de até 5% dos bens liquidados ao terceiro que, não sendo envolvido nas práticas ilícitas, colaborar decisivamente para o deslinde da ação. Essa disposição corresponderia à adoção, no Brasil, de uma legislação sobre a figura do *whistleblower*, apontada por muitos – inclusive

por um dos autores deste artigo (OLIVEIRA, 2015) – como um instrumento essencial no combate a crimes contra a Administração Pública (corrupção, em especial).

3.2 Efeitos desfavoráveis (custos)

Em primeiro lugar, a criação de uma nova ação tende a ter custos judiciais, ainda que pequenos (adaptação de sistemas, criação de varas, etc.). Existem, contudo, efeitos desfavoráveis mais relevantes.

Dentre os riscos a que se submete o ordenamento com a adoção da ação civil de extinção de domínio, podemos destacar, inicialmente, o risco de questionamentos judiciais sobre a validade da norma.

Inicialmente, pode haver – embora em monta menor do que em relação ao confisco alargado – questionamentos quanto à presunção de inocência. Tradicionalmente, nos EUA, as Cortes têm rejeitado essa alegação, em virtude de se tratar de ação civil (STAHL, 1992, p. 292), assim como têm rejeitado a alegação de *bis in idem* – que, no direito americano, é conhecida como *Jeopardy Clause* (VASCONCELOS, 2011, p. 99-123). Consideramos que, à luz da tradicional jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), há poucos riscos de a alegação de *bis in idem* prosperar, tendo em vista serem consideradas quase absolutamente independentes as instâncias civil e penal⁸.

⁸ “A jurisprudência da Suprema Corte é pacífica no sentido da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa” (STF, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 28.919/DF, Relator

Todavia, o tema está longe de ser pacífico, mesmo porque a questão do ônus da prova tem a ver, inclusive, com a distribuição de riscos de erros judiciais:

Burdens of proof illustrate the way our society wishes to allocate the risk of a mistake by a court. As civil cases generally involve interests of a lesser magnitude than those at stake in criminal proceedings, our society is willing to tolerate a higher risk of error in civil cases (STAHL, 1992, p. 292).

Em virtude dos efeitos patrimoniais poderosos que podem decorrer da extinção do domínio, é preciso ter cuidados com o ônus da prova – que, se não pode ser tomado com a rigidez que existe na matéria penal, também não tolera uma “inversão pura e simples”, em que o proprietário seja despido do domínio apenas por não ter como demonstrar a cadeia dominial⁹. Devem ser respeitados, inclusive, por coerência sistêmica, outros mandamentos do direito, tais como a usucapião. Em outras palavras: o ônus da prova – de que o bem tem origem ilícita ou de que é usado para encobrir atos ilícitos – deve continuar a ser do autor da ação, embora o réu possa alegar, em exceção, a licitude da propriedade ou a posse ou detenção.

Ademais, até no direito americano já se tem defendido uma revisão da, por vezes artificial, distinção entre “ações pessoais”

Ministro Dias Toffoli, DJe de 11.02.2015).

⁹ Nos Estados Unidos, após o *Civil Asset Federal Reform Act* (CAFRA), de 2000, é preciso comprovar uma conexão substancial (e não meramente acidental ou tênue) entre a coisa e a atividade ilícita. Também se incrementou o ônus da prova para o poder público.

ou “*in personam*” e “ações reais” ou “*in rem*”¹⁰, o que é a base da defesa da ação de extinção de domínio.

Em relação à proposta de ação de extinção de domínio oriunda do Poder Executivo, foram apresentadas duas proposições: um projeto de lei ordinária disciplinando o instituto; e uma PEC, para prevê-lo expressamente no inciso III do art. 129 da CF. Consideramos desnecessária essa segunda alteração. A modificação em nível constitucional constitui um custo alto e que só deve ser realizada quando estritamente necessária. No caso da ação de extinção do domínio, a mera alteração da legislação infraconstitucional é suficiente. Ademais, os questionamentos sobre a constitucionalidade da medida não são evitados com a aprovação de PEC, pois, como o direito fundamental à propriedade constitui cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, IV, c/c art. 5º, XXII), as resistências podem ser propostas mesmo em relação à alteração em nível constitucional. Isso porque, de acordo com a pacífica jurisprudência do STF, mesmo as Emendas à Constituição podem ser declaradas inconstitucionais¹¹.

É possível questionar se a medida não afeta substancialmente (isto é, o núcleo essencial) do direito fundamental à propriedade. Dessa forma, seja por PEC ou por projeto de lei, pode ser questionada a constitucionalidade material dessa ação.

¹⁰ “[...] the *in personam/in rem* rationale in forfeiture law does not merit such holy treatment” (STAHL, 1992, p. 300).

¹¹ Cf., a título exemplificativo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.307/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 30.09.2013.

Um grande risco da ação de extinção de domínio – e ainda não resolvida plenamente em outros ordenamentos – é a garantia contra abusos estatais e a efetiva defesa dos interesses dos proprietários de boa-fé (proprietários inocentes). Tanto assim, que, em 2000, os Estados Unidos reformaram a Lei de Confisco Civil (por meio do *Civil Asset Forfeiture Reform Act* – CAFRA), devido a abusos que ocorreram na tomada de propriedades de terceiros de boa-fé (RULLI, 2001, p. 87).

Na reforma de 2000 (CAFRA), foram reforçados os poderes do Governo, mas, ao mesmo tempo, as defesas desses terceiros. Outra lição da experiência americana é a de que não se pode vincular às instituições que decidem o confisco a destinação orçamentária, sob pena de se gerar um conflito de interesses.

É preciso cuidar da destinação dos bens (WORRALL, 2001, p. 171), algo que, no projeto de lei brasileiro, não está bem resolvida.

É preciso ter cuidados para assegurar a proporcionalidade, já que pode atingir mesmo bens adquiridos licitamente, mas usados para práticas ilícitas, caso em que a perda da propriedade pode ser considerada exagerada. É paradigmático o caso *Bajakajian VS USA* (em que a Suprema Corte considerou inconstitucional a decretação de perda de todo o valor externalizado sem declaração). A Suprema Corte considerou a perda de todo o valor “grosseiramente desproporcional”¹². Embora a decisão nesse caso

¹² Cf. United States VS. Bajakajian, 524 U.S. 321.

refira-se especificamente ao confisco criminal, a mesma lógica é aplicável às ações civis de perda de bens¹³.

É preciso prever prazos dilatados de prescrição da exceção contra a extinção do domínio, sempre para evitar o abuso estatal e para proteger proprietários inocentes (CASSELLA, 2004, p. 347). Foi esse, inclusive, um dos motivos da aprovação do CAFRA nos Estados Unidos.

4 Comparação entre confisco alargado e extinção do domínio

A título de resumo, podemos fazer a seguinte comparação entre a ação civil de extinção de domínio e a proposta de confisco alargado:

Quadro 1 - Comparação: proposta de ação civil pública de extinção de domínio e proposta de confisco alargado

Extinção de domínio	Confisco alargado
Ação Civil	Efeito da ação penal
Independe de condenação penal	Depende do trânsito em julgado da ação penal
No anteprojeto do MPF, depende de crimes antecedentes específicos, mas há quem defenda a desnecessidade, o rol aberto, como na proposta do Executivo	No projeto, depende de crimes antecedentes específicos

¹³ Cf. caso Austin VS. United States, 509 U.S 602.

Extinção de domínio	Confisco alargado
A origem dos recursos para a aquisição dos bens é irrelevante: foram utilizados para práticas ilícitas	O fundamento é a origem ilícita (criminosa, especificamente) do patrimônio
É uma ação <i>in rem</i> (relativa à coisa), independe da culpabilidade do proprietário/possuidor/detentor	É uma ação <i>in personam</i> , personalíssima, por seu caráter penal
Pode haver uma distribuição do ônus da prova, por ser ação civil	O ônus da prova tem que ser da acusação
No direito americano, tem natureza prioritariamente compensatória	Tem natureza eminentemente punitiva

Fonte: Senado Federal¹⁴.

5 Conclusões

Com base no exposto, consideramos que a proposta de adoção da ação civil de extinção de domínio produz benefícios semelhantes às do confisco alargado, sem a gravidade dos questionamentos que a proposta confiscatória pode sofrer quanto à constitucionalidade.

Embora não seja papel de uma avaliação de impacto legislativo dar respostas prontas, mas sim fornecer subsídios para a tomada de posição e de decisão sobre determinada proposição legislativa, nada impede que, após uma análise deste jaez, seja possível apresentar conclusões recomendando, ou não, a adoção de determinada medida legislativa. Nesse sentido, a avaliação de impacto das propostas de confisco alargado e de adoção da ação

¹⁴ <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td205>.

civil de extinção de domínio evidencia que o primeiro instituto sofre muito mais questionamentos que o segundo, apresentando, portanto, risco muito maior de vir a ser declarado inconstitucional.

Outrossim, a ação civil de extinção do domínio já é adotada com sucesso no direito comparado e parece menos suscetível a questionamentos de ordem jurídica. Por isso, considera-se recomendável a sua adoção no direito brasileiro, conclusão diversa da que se traz em relação à figura do confisco alargado.

Especificamente em relação às propostas de extinção de domínio, a redação do projeto do Executivo (PL nº 856, de 2015, na Câmara dos Deputados) está melhor, mais clara e mais direta que o anteprojeto do MPF. Há também em tramitação o PL nº 246, de 2015, do Deputado Pompeo de Mattos (quase idêntico ao do MPF).

Title: Extended confiscation and civil forfeiture: evaluation of legislative impact of two proposals to combat corruption

Abstract: Among the “10 Measures against Corruption” introduced by the MPF, we highlight two that have focused on the pecuniary consequences of crime: extended confiscation and civil forfeiture. We hold, as well as the MPF, that criminal law must be concerned with the types of crime of the complex modern society, and the legislator must pay attention to the crimes that reach transindividual legal interests. Our analysis maintains, however, that there are risks of unconstitutionality of those measures. In extended confiscation, the imposed loss of almost the arithmetical difference between the total assets that the agent has and those whose origin can be demonstrated by licit sources can be interpreted as a reversal of the burden of proof in a criminal process and a breach of the presumption of innocence. In civil asset forfeiture, on the other hand, we argue that it can be a legal and viable alternative since it is a civil action and it does

not possess a punitive, but, rather, a reparative nature. Still, we highlight the need to protect the rights of third parties in good faith to ensure the constitutionality of the measure.

Keywords: Extended Confiscation and Civil Asset Forfeiture. Corruption – Brazil. Public Civil Action – Brazil. Unconstitutionality.

Referências

BECHARA, Fábio Ramazzini. Anteprojeto de lei sobre a ação civil de extinção de domínio. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 1, p. 365-378, 2012.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n° 4.850, de 2016*. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not2060-PL-4850.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n° 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com

outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n.100, p. 453-501, Jan./fev. 2013.

CASSELLA, Stefan D. Overview of asset forfeiture law in the United States. *South African Journal of Criminal Justice*, v. 17, n. 3, p. 347, 2004.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Confisco penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. 2014. 255 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-135202/>>. Acesso em: 16 jun. 2015).

ESSADO, Tiago Cintra. Extinção de domínio: necessidade de reflexão. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 220, p. 8, abr. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. 26 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

MENEGUIN, Fernando B. *Avaliação de impacto legislativo no Brasil*. Brasília: Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisas

da Consultoria Legislativa, 2010. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 30 jun. 2017.

MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Guia de avaliação de impacto normativo*. Coimbra: Almedina, 2010.

OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A urgência de uma legislação whistleblowing no Brasil*. Brasília: Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 30 jun. 2017.

OLIVEIRA, J. M. F. et al. *Combate à Corrupção: uma análise de Impacto Legislativo das propostas do Ministério Público*. Brasília: Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2016. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 30 jun. 2017.

PAGANO, Rodolfo. *Introduzione alla legistica: l'arte di preparare le leggi*. Milano: Giuffrè, 2004.

ROSSETO, Patrícia Carraro. O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. (Org.). *Direito Penal da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RULLI, Louis S. The long term impact of CAFRA: expanding access to counsel and encouraging greater use of criminal

forfeiture. *Federal Sentencing Reporter*, California, v. 14, n. 2, p. 87, 2001.

STAHL, Marc B. Asset forfeiture, burdens of proof and the war on drugs. *Journal of Criminal Law & Criminology*, Chicago, n. 83, p. 292, 1992.

THOMPSON, Sandra Guerra. Congressional reform of civil forfeiture: punishing criminals yet protecting property owners. *Federal Sentencing Reporter*, Houston, v. 14, n. 2, p. 71, 2001.

VASCONCELOS, André Prado. *Extinção civil do domínio: perdimento de bens*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

VERAS, Ryanna Pala. *Nova criminologia e os crimes de colarinho branco*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

WORRALL, John L. Addicted to the drug war: the role of civil asset forfeiture as a budgetary necessity in contemporary law enforcement. *Journal of Criminal Justice*, Amsterdam, v. 29, n. 3, p. 171, 2001.

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

CAVALCANTE FILHO, João Trindade; OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. Confisco alargado e ação civil de extinção de domínio: avaliação de impacto legislativo de duas propostas de combate à corrupção. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 413-439, 2016. Anual.

Submissão: 19/9/2016

Aceite: 21/10/2016

Sonegação tributária e tarifária: ainda a distinção entre tributo e tarifa

Leonardo de Medeiros Fernandes

Advogado da Petrobras S.A. na Gerência Jurídica de Tribunais Superiores em Brasília. Professor. Bacharel em Direito pela UFPE.

Resumo: Tributos e tarifas são verbas pecuniárias utilizadas na remuneração de serviços públicos. Essas receitas orçamentárias possuem naturezas jurídicas distintas, o que repercute, a princípio, nos casos de sonegação fiscal ou tarifária. O contribuinte do tributo obriga-se, por força de lei, a remunerar serviço público, universal ou singular, utilizado efetiva ou potencialmente, nos termos do Código Tributário Nacional. O pagador da tarifa, que é o consumidor, vincula-se por meio de um contrato ao serviço público singular utilizado apenas efetivamente, estando amparado pelo Código de Defesa do Consumidor. Os regramentos distintos dessas verbas implicam soluções diversas, inclusive nas hipóteses de repetição do indébito e de cobranças criminosas de tributos e tarifas. Em que pese todas as distinções legais e doutrinárias, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem aplicando à sonegação tarifária o mesmo raciocínio adotado para os casos de sonegação fiscal, no sentido de declarar a extinção da punibilidade, na hipótese de acordo celebrado entre o infrator e a concessionária do serviço público, antes do recebimento da denúncia, para parcelamento dos valores e, destarte, pagamento integral da dívida. Para além da distinção clássica entre tributo e tarifa, incursionaremos pela legislação tributária, consumerista, penal e processual, para o deslinde dos problemas propostos à luz da jurisprudência dos tribunais do país.

Palavras-chave: Direito. Tributário. Penal. Tributo. Tarifa. Sonegação. Jurisprudência.

Sumário: Introdução. 1 Ainda a distinção entre tarifa e tributo. 2 Solução dos problemas. 3 Insignificância da energia elétrica subtraída. 4 *Pecunia non olet*. 5 Cobranças indevida: repetição de indébito. 6 Cobranças irregulares: crime. 7 Conclusão. Referências.

Introdução

O presente texto propõe-se, preliminarmente, a explicar a diferença entre tributos e tarifas. Para tratar dos preços públicos e das exações, partiremos de situação hipotética que vem sendo discutida nos tribunais superiores e gira em torno da sonegação de verbas tributárias e tarifárias. Daí, desenvolveremos o tema e as consequências práticas dessa importante distinção jurídica na Constituição da República, nas leis de direito público e direito privado e na jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Hipótese: X “puxou” fios de poste de iluminação pública para consumir, clandestinamente, em seu estabelecimento empresarial, energia elétrica fornecida pela concessionária Y; após alguns meses, foi descoberta a “fraude”; a autoridade policial prendeu em flagrante X, lavrou o auto de prisão, concedeu-lhe a fiança e, após investigações e relatório, indiciou o suspeito por “furto de energia elétrica”; os autos, por fim, foram enviados à central de inquéritos para o oferecimento de denúncia pelo membro do *Parquet*.

Diante dessa hipótese, questionam-se as soluções jurídicas diante dos seguintes casos: 1) X paga as tarifas de energia elétrica antes do oferecimento da denúncia; 2) X paga as tarifas de energia elétrica até o recebimento da denúncia; 3) X paga as tarifas de energia elétrica antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; 4) X paga as tarifas de energia elétrica após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; 5) exigência

da contribuição de iluminação pública (CIP) devida ao município; 6) posteriormente, foi apurado que X pagou em excesso a tarifa de energia elétrica à concessionária Y e o tributo CIP à Fazenda Municipal; 7) ou então houve cobrança irregular da tarifa e do tributo.

1 Ainda a distinção entre tarifa e tributo

É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que não há sinonímia entre tarifas e tributos. Essas prestações não se confundem, embora ambas sejam tratadas sob a rubrica de *receitas públicas orçamentárias* utilizadas, uma ou outra, na remuneração de serviços públicos.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal há muito sumulou sua jurisprudência remansosa no enunciado nº 545: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”¹ (BRASIL, 1969b, grifo nosso).

Tanto a taxa quanto o preço público constituem um pagamento realizado em troca da fruição de um serviço ou bem estatal,

¹ Realçamos essa última parte do enunciado porque não tem mais aplicação para nenhum tributo. Trata-se do princípio da anualidade tributária, que vigeu até a CR/1967 (EC 1969), mas, a partir da CR/1988, foi abandonado. Portanto, descabe falar em autorização orçamentária para a cobrança de tributo, taxa e, ainda mais, para preço público tarifa. No mesmo sentido, está superado o enunciado nº 67 da súmula de jurisprudência do STF, que versava sobre o princípio da anualidade tributária, *in verbis* “É inconstitucional a cobrança do tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro”.

divisível e específico, sendo a primeira caracterizada pela compulsoriedade, já que resulta de uma obrigação legal, enquanto que o segundo, pela facultatividade, já que decorre de uma relação contratual. Além disso, observou-se que as receitas das taxas ingressam nos cofres do Estado, mas as provenientes dos preços públicos integram patrimônio privado dos entes que atuam por delegação do Estado (RE 576189/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22.4.2009).

As tarifas não possuem definição legal e são regidas pelo Direito do Consumidor, especialmente pela Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), sem exclusão de outras normas decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, de legislação interna ordinária, *verbi gratia* CC/2002 e Lei n 8.987/1995², de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como das que derivem de princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade (art. 7º, *caput*).

A definição de tributo, por sua vez, é legal e suas espécies são disciplinadas pelo Direito Tributário, postas na Constituição da República de 1988, na Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional - CTN) e respectiva “legislação tributária” – leis, tratados internacionais, decretos, normas complementares (art. 96). O CTN/1966, em seu art. 3º³, à luz da EC nº 18/1965 à

² Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175, CR. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e *modicidade das tarifas* (art. 6º, § 1º, Lei nº 8.997/1995).

³ Também a Lei nº 4.320/1964, com fundamento na redação original da CR/1946, definiu tributo: “[...] receita derivada instituída pelas entidades

CR/1946, trouxe a definição jurídica de tributo: “[...] toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 1966).

Quanto à categoria econômica, as tarifas são *receitas correntes de serviços* e as espécies tributárias possuem rubrica própria nas *receitas correntes tributárias*. As tarifas, portanto, não se enquadram nas taxas. Estas são espécie de tributos e submetem-se aos princípios tributários, *verbi gratia* legalidade e anterioridade, que não limitam os preços públicos.

As tarifas são *preços públicos* e constituem receita originária. São ingresso ou entrada de dinheiro sempre definitivo. Os tributos são *impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios*. Todos configuram *receitas derivadas* e apenas os últimos são ingressos provisórios. As tarifas não admitem a repartição direta ou indireta das receitas auferidas. Por outro lado, a CR/1988 às vezes admite a repartição direta ou indireta da receita tributária. Como exemplo, podem ser mencionados os impostos IR e IPI (arts. 157, 158, 159, I, II, CR – EC nº 84/2014).

A instituição de tarifa, receita privada que é, decorre de negócio jurídico bilateral, daí a natureza contratual e o regime predominante de direito privado – princípio da autonomia da

de Direito Público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades” (art. 9º).

vontade. A tributação é negócio jurídico unilateral, porque somente a lei *stricto sensu* permite a sua instituição, sendo determinado pelo regime de direito público – princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

As tarifas servem a remunerar os serviços públicos *uti singuli*. Esses serviços singulares são as utilidades específicas e divisíveis fornecidas por concessionárias ou permissionárias (pessoas jurídicas de direito privado) aos usuários, mediante celebração de contrato. Daí sempre o preço público gozar de referibilidade, facultatividade e intuito lucrativo.

Os tributos são *retribuições* ou *contribuições* a serviços públicos prestados pela Administração Pública direta ou indireta (órgãos ou pessoas jurídicas de direito público) aos usuários. Ou remuneram serviços *uti singuli*, como as taxas, ou aqueles *uti universi*, utilidades inespecíficas e indivisíveis, a exemplo da contribuição de iluminação pública⁴. Poderão, pois, gozar de referibilidade ou não. Os tributos não perseguem lucro nem são facultativos, pois são obrigações *ex lege*, prestações compulsórias de dinheiro ao erário público, obtidas pelo constrangimento de parte do patrimônio do particular pelo Estado no exercício do seu *jus imperii*.

O devedor de tarifas é o usuário (*consumidor*) do serviço e só poderá ser cobrado se efetivamente usar o serviço público, quando por ele usufruído a qualquer título. Quer dizer que, no

⁴ *STF Vinculante 41*. “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.”

regime tarifário, não há utilização potencial, em que se presume que o serviço é de uso compulsório. O sujeito passivo do tributo é o *contribuinte* – ou *responsável* – e deverá pagar pela utilização efetiva ou potencial do serviço, mas há outros tributos que são cobrados independentemente disso.

Se o contribuinte não paga o tributo taxa, terá contra si processo de execução fiscal, regido pela Lei nº 6.830/1980. Caso o consumidor seja cobrado judicialmente por dívidas de tarifas, responderá a processo de execução comum, regido pela Lei nº 13.105/2015.

Em tempo: o princípio da capacidade contributiva – *ex vi* § 1º do artigo 145 da CR – é invocado para os impostos, mas vem sendo estendido pela legislação infraconstitucional para outros tributos, a exemplo das taxas, e reconhecido como válido pelo STF.

Doutra ponta, o STJ reiteradamente decide pela validade da aplicação dessa norma tributária também às tarifas, apesar de não serem tributos. Isso porque essa sistemática de *progressividade* permite à Administração Pública alcançar o ideal de igualdade material e, destarte, de justiça social. Nesses casos, colacionamos as jurisprudências respectivas dos Egrégios STF⁵ e STJ:

⁵ O STF já reconheceu constitucional a aplicação da capacidade contributiva até para penalidades tributárias: “A multa moratória de 20% (vinte por cento) do valor do imposto devido, não se mostra abusiva ou desarrazoada, inexistindo ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 239964, Relatora Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 15/04/2003, DJ 09-05-2003).

O fato de um dos elementos utilizados na fixação da base de cálculo do IPTU - a metragem da área construída do imóvel - que é o valor do imóvel (CTN, art. 33), ser tomado em linha de conta na determinação da alíquota da taxa de coleta de lixo, não quer dizer que teria essa taxa base de cálculo igual à do IPTU: o custo do serviço constitui a base impositiva da taxa. Todavia, para o fim de aferir, em cada caso concreto, a alíquota, utiliza-se a metragem da área construída do imóvel, certo que a alíquota não se confunde com a base impositiva do tributo. Tem-se, com isto, também, forma de realização da isonomia tributária e do princípio da capacidade contributiva: C.F., artigos 150, II, 145, § 1º. R.E. não conhecido (RE 232393, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/1999, DJ 05-04-2002).

É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo (BRASIL, 2009b). O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que há legalidade na cobrança de tarifa pelo fornecimento de água pelo consumo mínimo e de forma progressiva. Em casos de condomínios, em que existe apenas um hidrômetro a auferir o consumo global de água, deve ser aplicada a tabela progressiva, proporcionalmente ao consumo total medido, a fim de que, quanto maior o consumo, maior a tarifa a ser suportada pelo condomínio, de acordo com o escalonamento preestabelecido. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 997.405/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 09/11/2009).

Ainda há distinção. Embora a questão tributária seja relevante para os contribuintes, a tese jurídica não tem repercussão para a comunidade, ante a especificidade das deduções, o que implica a ilegitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública⁶. Aliás, a própria Lei nº 7.347/1985, em seu art. 1º,

⁶ REsp. 178.408/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJ de 25/10/1999; REsp. 86.381/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ de 3/11/1999;

parágrafo único, expressamente dispõe: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.” (BRASIL, 1985).

É farta e antiga a jurisprudência do STJ que reconhece a impossibilidade de o Ministério Público ajuizar demandas discutindo a relação jurídico-tributária. Isso porque “a sujeição passiva da relação jurídico-tributária alterando, por consequência, a sujeição ativa, a sua classificação técnica correta não é a de veiculação de interesse social, mas a de pretensão referente a direito individual homogêneo disponível” (REsp 1541275/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 18/12/2015).

Por outro lado, a ação civil pública, nas hipóteses de responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao consumidor ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, será regida pela Lei nº 7.347/1985 (art. 1º, II, III – incluído pela Lei nº 8.078/1990). Isto posto, ao contrário do parágrafo anterior, o Ministério Público é legitimado para a ação civil pública em defesa de direitos transindividuais (por exemplo, emissão de

REsp. 233.664/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, DJ de 21/02/2000; REsp 799.780-DF, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17/5/2007; REsp 878.312-DF, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 13/5/2008; REsp 914.234-RN, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9/12/2008.

faturas de consumo de energia elétrica para cobrança de tarifas, ainda que envolva indiretamente o tributo contribuição de iluminação pública).

In casu, concessionária de energia elétrica cobrava, na mesma fatura, a contribuição de iluminação pública com a tarifa de energia elétrica, englobando-as no mesmo código de leitura ótica, sem dar oportunidade ao administrado de optar pelo pagamento individual, o que gerou a propositura de ação civil pública (ACP) pelo Parquet estadual. A Turma conheceu em parte do recurso e, nessa extensão, negou-lhe provimento, reafirmando a legitimatio ad causam do Ministério Público para ajuizamento de ACP em defesa de direitos transindividuais, no caso, a emissão de faturas de consumo de energia elétrica com dois códigos de leitura ótica, informando, de forma clara e ostensiva, os valores correspondentes à contribuição de iluminação pública e à tarifa de energia elétrica. Na espécie, a pretensão intentada na ACP ab origine não revela hipótese de pretensão tributária, pois o que se pretende é resguardar interesses dos consumidores e não dos contribuintes, na medida em que se insurge contra a forma como a concessionária vem cobrando os serviços de energia elétrica e a contribuição de iluminação pública, o que afasta a vedação prevista no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985. Revela-se, assim, interesse nitidamente transindividual, pois o que se pretende alcança uma coletividade, representada por um grupo determinável, ligado pela mesma relação jurídica com a concessionária. Dessarte, o Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/1988, dos arts. 81 e 82 do CDC e do art. 1º da Lei nº 7.347/1985, é legitimado a promover ACP na defesa de direitos transindividuais, nesses incluídos os direitos dos consumidores de energia elétrica, como na hipótese (REsp 1.010.130-MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9/11/2010.⁷).

⁷ Precedentes citados do STF: AgRg no RE 424.048-SC, DJ 25/11/2005; do STJ: REsp 435.465-MT, DJe 28/9/2009; REsp 806.304-RS, DJe 17/12/2008; REsp 520.548-MT, DJ 11/5/2006; REsp 799.669-RJ, DJe 18/2/2008; REsp 684.712-DF, DJ 23/11/2006, e AgRg no REsp 633.470-CE, DJ 19/12/2005.

2 Soluções dos problemas

A partir da legislação e jurisprudência atual, as hipóteses 1, 2 e 3 poderão, cada uma, ter duas soluções distintas. Isso porque dependerá da existência de programa de *parcelamento* de débitos e, nesse caso, deve o “sonegador” reconhecer a dívida e ser incluído, antes da sentença judicial, no referido regime, parcelando o débito das tarifas devidas pela “subtração”.

À semelhança do que ocorre com os tributos federais, em casos de preços públicos, tem-se decidido que a pretensão punitiva será suspensa até antes do trânsito em julgado. E, caso não haja adesão a um regime de *parcelamento de tarifa*, temos solução diversa: seguem-se os limites normativos do Código Penal em vigor, se houver a reparação do dano.

Primeiro caso. “X paga as tarifas de energia elétrica antes do oferecimento da denúncia”.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que haverá extinção da punibilidade do agente, na hipótese de *pagamento integral* do débito das tarifas, com parcelamento ou não, antes de o Ministério Público oferecer a exordial. É que, se o pagamento do tributo, antes do oferecimento da denúncia, enseja a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, o mesmo entendimento deve ser adotado quando há o pagamento do preço público referente à energia elétrica subtraída, sob pena de violação ao princípio da isonomia (HC 252.802/SE, DJe 17/10/2013).

Mais recentemente, a 5ª e 6ª Turmas do STJ reafirmaram essa tese⁸:

FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ACORDO CELEBRADO ENTRE O INFRATOR E A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. PARCELAMENTO DOS VALORES E PAGAMENTO INTEGRAL ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI N. 9.430/1996 E SUAS ALTERAÇÕES. POSSIBILIDADE. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao preço público estabelecido como contraprestação ao serviço público de energia elétrica aplicam-se, por analogia, as causas extintivas da punibilidade previstas para os delitos contra a ordem tributária. Precedentes. 2. Na espécie, realizada inspeção na concessionária de serviços públicos, foram apuradas irregularidades a serem ressarcidas, correspondentes a R\$ 21.592,76 (vinte e um mil, quinhentos e noventa e dois reais, e setenta e seis centavos). A medição da energia no estabelecimento de propriedade do recorrente foi regularizada por meio da substituição dos equipamentos instalados. Em 12 de maio de 2010, o recorrente reconheceu o débito e firmou Termo de Confissão de Dívida. Neste, os danos foram negociados, estipulando-se o pagamento em 15 (quinze) parcelas, com vencimentos entre 25 de maio de 2010 e 25 de julho de 2011, integralmente quitadas. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido para determinar o trancamento da ação penal nº 0042158-64.2010.8.26.0602, relativamente ao recorrente (RHC 56.505/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 0/0/2016, DJe 24/8/2016).

É sabido que os crimes contra a ordem tributária, em sua maioria, especialmente os previstos no artigo 1º da Lei

⁸ No mesmo sentido: HC 347.353/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016; RHC 59.656/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 07/06/2016; HC 352.328/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/05/2016, DJe 23/05/2016.

nº 8.137/1991⁹, são crimes *materiais*, quer dizer, são delitos que exigem, para a sua consumação, a ocorrência de evento naturalístico. Deve existir um dano ao sujeito passivo, *in casu*, dano ao erário público. Caso não se produza o fato, tem-se crime tentado.

Pois bem. A conduta de “subtrair” energias acarreta o apoderamento do *bem móvel* sem pagamento do referido preço público. Configura espécie de *crime contra o patrimônio*, nesse caso, contra as entidades concessionárias ou permissionárias. Em razão dessa “sonegação de tarifa”, o resultado naturalístico é o prejuízo aos cofres dessas entidades privadas. O Código Penal tipificou¹⁰:

Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – Reclusão, de um (01) a quatro (04) anos, e multa.

[...]

§ 3º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico (BRASIL, 1940).

Isto posto, ambos os delitos em apreço são crimes materiais e, se realizado o pagamento antes do oferecimento da denúncia, quer dizer que não se configurou a materialidade da infração

⁹ *STF Vinculante 24*. “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.”

¹⁰ Não se trata de *furto qualificado*. O CP/1940, em sua redação atual, não elencou a figura típica de *furto “qualificado” contra o patrimônio de concessionárias de serviços públicos*. Aliás, essa qualificadora só surge, sob a rubrica do Título II, nos tipos de dano (cf. art. 163, parágrafo único, III, CP) e receptação (cf. art. 180, § 1º, CP). É *furto simples*, portanto.

penal e, destarte, não existe justa causa para a consecução da ação penal, devendo o juiz, de ofício, extinguir a punibilidade, a bem dos princípios da igualdade e da não culpabilidade.

Veja-se que, no HC 252.802, foi concedido *ex officio*, pelo próprio STJ, amparado na remansosa jurisprudência do excelso STF, bem como da própria Augusta Corte, que há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando, além de incidir uma causa de extinção da punibilidade, também se configurar hipótese de “*inequívoca comprovação da atipicidade da conduta*” ou de “*ausência de indícios de autoria*” ou “*ausência de prova sobre a materialidade do delito*” (HC 349.615/PE, DJe 10/8/2016).

Parece que, com ou sem inclusão no regime de parcelamento, a conduta do agente “X” encaixa-se nessa última hipótese: *inexistência da materialidade do delito*. A eventual denúncia, portanto, será rejeitada pelo magistrado, *ex vi* artigo 395 do CPP. Isto posto, deverá o julgador, em qualquer grau de jurisdição, decidir pela extinção da punibilidade do agente¹¹. Dispõe a lei:

Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

[...]

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

¹¹ CPP, “Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: [...] VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade”.

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal (BRASIL, 1941).

Tem decidido o STJ:

O trancamento de inquérito ou de ação penal só se justifica em face de prova cabal que torne evidente faltar-lhe justa causa, quer pela total ausência de provas sobre a autoria e materialidade, quer pela atipicidade da conduta, ou pela ocorrência de uma causa de extinção da punibilidade. Precedentes do STF e desta Corte (HC 292.858/ES, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 26/11/2015).

O trancamento da ação penal é medida excepcional só admitida quando restar provada, de forma clara e precisa, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade. Pago o débito de energia antes do oferecimento da denúncia, resolvido está o ilícito civil, não se justificando a persecução penal. Precedentes. Na hipótese, o recorrente celebrou acordo com a concessionária de energia elétrica, parcelando o débito decorrente da subtração de energia elétrica que lhe foi imputada, com o seu posterior adimplemento, circunstância que enseja a extinção de sua punibilidade. Recurso provido para trancar a ação penal instaurada em face do recorrente (RHC 62.437/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 01/07/2016).

Anote-se que o STF, em situação parecida, há muito tem assim decidido quanto ao título de crédito *cheque*. Eis a orientação sedimentada no enunciado 544 da súmula ordinária do STF: o ressarcimento do prejuízo antes do recebimento da denúncia enseja a extinção da punibilidade estatal, é dizer, “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento

da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal” (BRASIL, 1969a).

Quanto aos casos 2 e 3 suprarreferidos, entendemos, portanto, que essa fundamentação apenas serve quando o agente estiver incluído no regime de *parcelamento de tarifas*. Isso porque, como decidiu o Egrégio STJ, são casos resolvidos por aplicação analógica *in bonam partem* da Lei nº 10.684/2003¹². Isto posto, na hipótese de o agente não estar incluído no regime de parcelamento, deve-se seguir as regras do Código Penal em vigor.

Segundo caso. “X paga as tarifas de energia elétrica até o recebimento da denúncia”. Em geral, quando o agente repara o dano antes do *recebimento* da exordial, incide a regra do *arrependimento posterior*, que é definida como causa geral de diminuição da pena que se impõe, *in verbis*

Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços (BRASIL, 1940).

Mas a Lei nº 10.684/2003, que dispõe sobre parcelamento de tributos federais, diz:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848/1940, durante o período

¹² Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social.

em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios (BRASIL, 2003).

Em conclusão, não havendo parcelamento, deve o juiz aplicar a minorante do arrependimento posterior do Código Penal. Parcelada a dívida, segue-se, por analogia, o regramento da Lei nº 10.684/2003.

Terceiro caso. “X paga as tarifas de energia elétrica antes do trânsito em julgado da sentença penal”. Fora da hipótese de parcelamento, o agente é favorecido pela *circunstância atenuante* disciplinada no Código Penal em vigor, *in verbis*

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

III - ter o agente:

[...]

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano (BRASIL, 1940).

Mas essa solução, como discutido alhures, não se aplica ao caso de agente incluído, antes da sentença judicial, em regime de parcelamento de tarifa. Isso porque, nesse caso, a Lei nº 10.684/2003 determina a suspensão da persecução penal até o pagamento integral do débito. Após isso ser documentado nos autos do processo crime, segue-se a extinção da punibilidade.

Quarto caso. “X paga as tarifas de energia elétrica após a sentença penal condenatória”. Com ou sem parcelamento, o pagamento do débito de tarifa, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, não acarretará a extinção da punibilidade, assim como se tem decidido em relação aos tributos. Nesse sentido:

Nos crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), o pagamento do débito previdenciário após o trânsito em julgado da sentença condenatória não acarreta a extinção da punibilidade. O art. 9º da Lei 10.684/2003 dispõe que: “É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”. O referido dispositivo trata da extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que faz menção expressa à pretensão punitiva do Estado. Dessa forma, não há que se falar em extinção da punibilidade pelo pagamento quando se trata de pretensão executória, como na hipótese em análise (Precedente do STJ: RHC 29.576-ES, Quinta Turma, DJe 26/2/2014. Precedente do STF: QO na AP 613-TO, Plenário, DJe 4/6/2014. HC 302.059-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 5/2/2015, DJe 11/2/2015).

3 Insignificância da energia elétrica subtraída

É possível, portanto, o reconhecimento da *causa de extinção da punibilidade* nas hipóteses de pagamento integral do débito de tarifa na mesma medida que a lei permite para os tributos. Mas, assim como se tem reconhecido a atipicidade material da sonegação fiscal por aplicação do postulado da *insignificância*, questiona-se se seria possível estender o mesmo raciocínio aos débitos tarifários.

A princípio sim. É possível, em tese, invocar o princípio da insignificância ao crime de furto de energia elétrica, quando se evidenciar que o bem jurídico tutelado (o patrimônio, no caso) sofreu mínima lesão e que a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. Na hipótese dada, caso o juiz reconheça presentes os requisitos necessários, poderá absolver o agente diante de *causa suprallegal de exclusão da tipicidade*.

A jurisprudência do STF apresenta os vetores cumulativos que deverão estar presentes: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. A Corte apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do poder público em matéria penal (HC 98.152-MG, DJ 5/6/2009; HC 112.378/SP, DJe 18/9/2012).

O STJ tem decidido no mesmo sentido:

A intervenção do Direito Penal há de ficar reservada para os casos realmente necessários. Para o reconhecimento da insignificância da ação, não se pode levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. Todas as peculiaridades do caso concreto devem ser consideradas, como, por exemplo, o grau de reprovabilidade do comportamento do agente, o valor do objeto, a restituição do bem, a repercussão econômica para a vítima, a premeditação, a ausência de violência e o tempo do agente na prisão pela conduta. Nem a reincidência nem a reiteração criminosa, tampouco a habitualidade delitiva, são suficientes, por si sós e isoladamente, para afastar a aplicação do denominado princípio da insignificância. Nesse contexto, não obstante a certidão de antecedentes criminais indicar uma condenação transitada em julgado em crime de mesma natureza, na situação em análise, a conduta do réu não traduz lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado. Ademais, há de se ressaltar que o mencionado princípio não fomenta a atividade criminosa. São outros e mais complexos fatores que, na verdade, têm instigado a prática delitiva na sociedade moderna (HC 299.185-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 9/9/2014).¹³

Não se deslembre de uma hipótese diversa, em que o agente, para subtrair energia elétrica, mediante conduta artilosa, realiza adulteração do medidor de energia elétrica e subtrai *quantum* que extrapola o valor de um salário mínimo. Já decidiu assim o STJ:

As circunstâncias do crime de furto de energia elétrica, mediante a adulteração dos marcadores de leitura, afastam a aplicação do princípio da insignificância, por se tratar de conduta altamente reprovável e, portanto, relevante para o Direito Penal. *In casu*,

¹³ No mesmo sentido: AgRg no RHC 44.461-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 27/5/2014; AgRg no REsp 1342213/MT, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 6/5/2014, DJe 13/5/2014.

não se cuida de conduta de mínima ofensividade, sendo que não se pode considerar como inexpressiva a lesão jurídica provocada, em razão do valor da res furtiva, avaliada em R\$ 825,34, que não pode ser tido por irrisório, porquanto bem superior ao salário mínimo vigente à época, ainda que se leve em conta a capacidade financeira da vítima. Habeas Corpus não conhecido (HC 319.636/MS, Rel. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/12/2015, DJe 17/12/2015).

Em relação às tarifas, portanto, não se pode adotar o patamar de R\$ 10.000,00 como tem sido feito para os tributos federais. Ainda com maior razão, deve-se afastar o teto absurdo de R\$ 20.000,00¹⁴ – às vezes reconhecido para sonegação de tributos federais. A propósito, eis a jurisprudência:

Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso - 1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02. Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte. Recurso especial desprovido (REsp 1112748/TO, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 09/09/2009, DJe 13/10/2009).

O valor de R\$ 20 mil fixado pela Portaria MF 75/2012 - empregado como critério para o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos inscritos na Dívida Ativa da União - não pode ser utilizado como parâmetro para fins de aplicação do princípio da insignificância aos crimes de

¹⁴ Precedente da 1ª Turma do STF: HC 120617, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 4/2/2014.

descaminho (REsp 1.393.317-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 12/11/2014. REsp 1.393.317-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 12/11/2014).

4 Pecunia non olet

Quinto caso. Questiona-se, em todos esses casos de “furto simples de energia elétrica”, se será devida a contribuição de iluminação pública (CIP) de que trata o artigo 149-A da CR (incluído pela EC nº 33/2002). O tributo CIP está previsto na CR/1988 da seguinte maneira:

Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o *caput*, na fatura de consumo de energia elétrica (BRASIL, 1988).

A Lei nº 17.070/2004 do Município de Recife, com a autorização da EC nº 33/2002, por exemplo, alterou o Código Tributário do Recife (Lei Municipal nº 15.563/1991), revogando a *inconstitucional* “taxa de iluminação pública” e instituiu a CIP:

Art. 68. A Contribuição para Custeio da Iluminação Pública - CIP tem como fato gerador a prestação de serviços de iluminação pública.

[...]

Art. 70. O contribuinte da Contribuição para Custeio da Iluminação Pública - CIP é o consumidor de energia elétrica residente ou estabelecido no território do Município do Recife.

[...]

Art. 71. A CIP tem como base de cálculo a Tarifa Convencional de Iluminação Pública [...].

Art. 73-A. Servirá como título hábil para a inscrição em Dívida Ativa, sessenta (60) dias após a verificação da inadimplência: I - a comunicação do não pagamento efetuada pela concessionária que contenha os elementos previstos no art. 202 e incisos do Código Tributário Nacional (RECIFE, 1991).

Em que pese a conduta analisada configurar crime patrimonial de *furto de energia elétrica*, o sujeito também realizou *objetivamente* o fato gerador da contribuição especial CIP e, automaticamente, surgiu a obrigação tributária principal, vinculando o sujeito ativo do delito (agora sujeito passivo tributário) à municipalidade (sujeito ativo tributário).

É a consagrada *teoria objetiva do fato gerador* que, no artigo 118 do CTN/1966, permite a aplicação do princípio *pecunia non olet*, fundado na isonomia fiscal e, destarte, capacidade contributiva, *in verbis*

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos (BRASIL, 1966).

O STJ vem decidindo:

O art. 118, I, do CTN não pode ser interpretado de forma insulada, porquanto pode trazer sérias contradições aos demais dispositivos legais. O princípio do *non olet*, expresso no artigo citado, foi criado por Albert Hensel e Otmar Bühler e tem como escopo permitir a tributação das atividades ilícitas. Irrelevante, portanto, para a determinação do fato gerador, a validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes (REsp 1493162/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda

Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 19/12/2014. No mesmo sentido: HC 351.413/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016).

Cabe ainda anotar que o princípio *pecunia non olet* não traz prejuízo ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Também não o limita nem impede sua aplicação. Aquele é instituto de direito material tributário e tem sede legal, enquanto este é garantia processual penal de não autoincriminação com sede constitucional. Nesse sentido, o STJ:

O princípio *nemo tenetur se detegere* refere-se à garantia da não auto-incriminação, segundo o qual ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras. Já o princípio *pecunia non olet* carrega consigo a idéia de igualdade de tratamento entre as pessoas que tenham capacidade contributiva semelhante, independentemente da maneira utilizada para alcançar essa disponibilidade econômica, isto é, não importa se o rendimentos tributáveis tenham ou não fonte lícita. Cuida-se de princípio de direito tributário. Tais princípios não se contrapõem, seja pela questão topográfica em que se encontram no direito, seja porque um não limita ou impossibilita a aplicação do outro, até mesmo porque o princípio *pecunia non olet* despreza a origem da fonte econômica tributável - se lícita ou ilícita. A necessidade de se recolher impostos surge com o fato de se auferir renda, pouco importando se essa renda é lícita ou ilícita, não ensejando, por isso mesmo, qualquer ingerência no princípio da não auto-incriminação, do contrário dificilmente se vislumbraria a prática de crimes contra a ordem tributária, que geralmente estão ligados ao cometimento de outros delitos, como por exemplo, contra o sistema financeiro nacional. Recurso especial desprovido (REsp

1208583/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012).

5 Cobranças indevidas: repetição de indébito

Sexto caso. Apurou-se, posteriormente, que o agente X pagou em excesso a tarifa de energia elétrica e a contribuição especial CIP. Ambos os casos constituem pagamentos *indevidos*, porque o agente pagou mais do que devia. Diante da vedação do enriquecimento sem causa aplicável tanto à concessionária Y quanto à Fazenda Municipal, X tem direito de receber a diferença paga em excesso. Legítima a *ação de repetição de indébito*.

O contribuinte deve obedecer ao disposto no CTN/1966 quanto ao pagamento em excesso da CIP (tributo). Quanto à tarifa de energia elétrica (preço público), o consumidor submete-se às regras dispostas no CC/2002 e no CDC/1990¹⁵. As respectivas ações de repetição de indébito acentuam ainda mais as diferenças entre tarifa e tributo.

Dispõe o CDC/1990 que o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito da tarifa por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, *salvo hipótese de engano justificável quando a devolução será simples* (art. 42, parágrafo único). Quer dizer que, apenas em caso de dolo, culpa ou má-fé,

¹⁵ CDC/1990, Art. 42-A. Em todos os documentos de cobrança de débitos apresentados ao consumidor, deverão constar o nome, o endereço e o número de inscrição nos cadastros CPF ou CNPJ do fornecedor do produto ou serviço correspondente. Incluído pela Lei nº 12.039, de 2009.

haverá a dobra do valor pago indevidamente a título de tarifa. Se houve apenas erro desculpável, a devolução é simples.

Inviável a repetição em dobro do indébito sem prova inequívoca da má-fé do credor, que não pode ser presumida. A verificação da ocorrência de má-fé, a justificar a devolução em dobro dos valores pagos, demanda o reexame da matéria fático-probatória (AgInt no AREsp 779.575/PB, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/10/2016, DJE 21/10/2016).

Dispõe o CTN/1966, por sua vez, que o contribuinte tem direito à restituição simples do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, entre outros casos, quando há cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido (art. 165, I). Quer dizer que a devolução do indevido a título de tributo será sempre simples porque não se pode presumir má-fé do Poder Público – presunção de legitimidade dos atos administrativos.

No Direito Tributário, o direito de pleitear a restituição de tributo extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário (art. 168, I). No Direito do Consumidor, o STJ entende que o prazo de prescrição para a pretensão da repetição de indébito de tarifas de água e esgoto submete-se ao prazo geral de dez anos fixado no art. 205 do CC/2002, haja vista que o prazo de cinco do art. 27 do CDC/1990 somente se aplica a ações de danos.

A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que nos tributos em que há o lançamento direto, ou de ofício, como o IPTU e outras taxas municipais, o prazo prescricional para se pleitear a repetição do indébito é de cinco anos, contados a partir da data em que se deu o pagamento do tributo, nos termos do art. 168, I, do CTN. No REsp 947.206/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/10/2010, DJe 26/10/2010, submetido ao Colegiado pelo regime da Lei nº 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos), que introduziu o art. 543-C do CPC, reafirmou-se o posicionamento acima exposto (AgRg no Ag 1409513/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 24/10/2011).

A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil (BRASIL, 2009c).

A prescrição quinquenal prevista no art. 27 do CDC somente se aplica às demandas nas quais se discute a reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço (AgRg no REsp 1518086/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 13/08/2015).

O prazo prescricional da pretensão de ressarcimento por cobrança indevida de coleta de esgoto é de 10 (dez) anos, nos termos do art. 205 do CC. Na oportunidade, registrou-se ser essa a solução por não haver norma específica a reger a hipótese. Inexistindo razões justificadoras de tratamento diferenciado, deve também ser decenal a prescrição para a repetição de valores indevidamente exigidos a título de serviço telefônico. O engano, para o fim de justificar a repetição em dobro do indébito, é assim considerado quando não decorre de dolo ou culpa na conduta do prestador de serviço (AgRg no REsp 1516814/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 25/08/2015).

Na repetição do indébito de tarifa, de acordo com o CDC/1990, também serão devidos correção monetária e juros legais (art. 42, parágrafo único). Nesse caso, de acordo com a jurisprudência do STJ, os juros são calculados a partir da citação

e a correção monetária será calculada a partir de cada pagamento indevido.

O STJ firmou entendimento no sentido de que, nos casos em que houve repetição de indébito decorrente de majoração da tarifa de energia elétrica, estabelecida pelas Portarias 38/86 e 45/86 do DNAEE, os juros de mora são devidos no percentual de 6% ao ano, a partir da citação; de que não são devidos juros compensatórios; e de que o índice de correção monetária aplicável é o IPC, a partir de cada pagamento indevido (AgRg no REsp 1420956/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 17/08/2015).

Na repetição do indébito tributário, a restituição ao contribuinte vence juros não capitalizáveis a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar (art. 167, parágrafo único) e a correção monetária será calculada a partir do pagamento indevido. Nesse sentido, o STJ:

Na repetição do indébito tributário, os juros moratórios são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença¹⁶ (BRASIL, 1997).

Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido (BRASIL, 1996).

Nessa última hipótese, da decisão final que reconhece o crédito do contribuinte, a Fazenda Pública deverá observar, como regra geral, a sistemática dos precatórios delineada no artigo

¹⁶ *STJ 523*. “A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.”

100 da CR/1988¹⁷. É reconhecido ao contribuinte beneficiário do indébito o direito de, ao invés de receber por precatório, optar pela “compensação tributária”, modalidade de extinção do crédito tributário, desde que, nos autos da execução fiscal que se pretenda aproveitar, seja juntada a certidão do trânsito em julgado da sentença.

O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado (BRASIL, 2010b).

“Ocorrido o trânsito em julgado da decisão que determinou a repetição do indébito, é facultado ao contribuinte manifestar a opção de receber o respectivo crédito por meio de precatório regular ou mediante compensação, uma vez que constituem, ambas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação” (REsp 653.181/RS, deste relator). “A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido” (REsp 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki). Embargos de divergência conhecidos e providos (EREsp 502.618/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, julgado em 08/06/2005, DJ 01/07/2005).

Ademais, trata-se de exigência legal, porque o CTN/1966,

¹⁷ CR, “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federais, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

a partir da reforma de 2001, determinou ser “[...] vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.” (art. 156, II, art. 170-A) (BRASIL, 1966). Isso ante a evidente necessidade de se assegurar a indisponibilidade do patrimônio público. Por essa razão, há muito, a jurisprudência afasta a possibilidade de *liminares* – tutelas provisórias – para manejar a compensação de créditos tributários, porque tal medida é precária – em procedimento de caráter essencialmente satisfativo – não se presta para afirmação da suficiência, certeza e liquidez dos créditos lançados. A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória (BRASIL, 2005).

Por fim, anote-se que se legitima ao contribuinte o manejo de mandado de segurança para ver *declarado* o seu direito à compensação tributária, desde que preenchidos os requisitos da Lei nº 12.016/2009¹⁸, que, no mesmo sentido, dispõe que “[...] não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários [...]” (art. 7º, § 2º) (BRASIL, 2009a). Doutra banda, o juiz que julgar a ação mandamental não poderá determinar a *convalidação* do procedimento compensatório, tendo em vista a necessidade de dilação probatória e por ser essa tarefa reservada à autoridade administrativa competente. Nesse sentido:

¹⁸ Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo.

O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária (BRASIL, 1998). É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte (BRASIL, 2010a).

A Seção, ao apreciar o REsp como recurso repetitivo (Res. nº. 8/2008-STJ e art. 543-C do CPC), reiterou o entendimento de que, no que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na Súm. nº. 213-STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da condição de credora tributária. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando à declaração de compensabilidade a impetração agrega pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidentes, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. No caso, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos (Precedentes citados: EREsp 116.183-SP, DJ 27/4/1998, e EREsp 903.367-SP, DJe 22/9/2008. REsp 1.111.164-BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 13/5/2009).

6 Cobranças irregulares: crimes

Por fim, se os prepostos da concessionária Y ou da Fazenda Municipal cobrarem do sujeito X as tarifas e o tributo CIP sabidamente incorretos ou utilizarem, na cobrança, meios vexatórios, configurar-se-á cobrança *irregular* – e não *indevida* –, problema resolvido em ação cível pela ação de repetição de indébito explicada acima.

Nessa última hipótese, as cobranças irregulares margeiam a ilicitude penal, podendo, em tese, os referidos “funcionários” responderem, respectivamente, pelos crimes contra as relações de consumo e contra a ordem tributária, ambos punidos necessariamente a título de *dolo*.

Os prepostos da concessionária Y de energia elétrica que se utilizam, na cobrança da dívida tarifária, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor X, injustificadamente, a ridículo ou interfira em seu trabalho, descanso ou lazer incidem nas penas de detenção, de três meses a um ano, e multa, pelo crime de “cobrança irregular de dívida de consumo” do artigo 71 do CDC/1990. Configura-se aqui infração de menor potencial ofensivo e, nos termos da Lei nº 9.099/1995, admite-se a suspensão condicional do processo.

O funcionário da Fazenda Pública municipal, por seu turno, ao exigir o tributo CIP que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza, responderá pelo crime contra ordem

tributária *excesso de exação*, do § 1º do artigo 316 do CP/1940, punido com a pena de reclusão, de três a oito anos, e multa. Não constitui infração de menor potencial ofensivo, portanto, não se admite a suspensão condicional do processo.

Por outro lado, a cobrança de eventuais multas tributárias não constitui o crime em apreço. Isso porque, em atenção ao princípio da estreita legalidade (art. 5º, XXXIX, CR/1988), é impossível interpretação extensiva do tipo do § 1º do artigo 316 que, sendo norma penal em branco homogênea, deve ser complementado pelo artigo 3º do CTN/1966. Como já decidiu o egrégio STJ, “o delito de excesso de exação não é praticado quando há cobrança de multa por meio de auto de infração, na medida em que as multas não se inserem no conceito de tributo. Referida cobrança, nesses casos, é conduta atípica” (REsp 476.315/DF, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 22/2/2010).

Pelos mesmos motivos, qualquer outra verba pecuniária remuneratória de serviço público, *verbi gratia* preço público, porque não se define como tributo, afasta o enquadramento da conduta ao crime de excesso de exação. Pode configurar, conforme o caso, outro delito.

É incontroverso que os valores exigidos pelos pacientes não possuem previsão legal, característica que afasta, indubitavelmente, a natureza tributária da cobrança. Na medida em que os valores cobrados não se inserem no conceito de tributo, é defeso considerar que sua cobrança, ainda que eventualmente indevida, tenha o condão de configurar o delito de excesso

de exação, sob pena de violação ao princípio da legalidade consagrado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver os pacientes pelo delito de excesso de exação (HC 259.971/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 9/4/2013, DJe 16/4/2013).

Nesse crime funcional contra a Administração Fazendária, se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos, a pena será de reclusão, de dois a doze anos, e multa, conforme § 2º do artigo 316 do CP/1940.

Todavia, na hipótese do preposto da concessionária Y de energia elétrica que se apodera do que recebeu indevidamente para recolher aos cofres da empresa, comete ele o crime de apropriação indébita, punido com pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aumentada de um terço por ter recebido o bem em razão de emprego, tudo de acordo com o *caput* do artigo 168 e seu § 1º do CP/1940.

Em ambos os casos, não constituem os delitos infrações de menor potencial ofensivo (penas máximas são superiores a dois anos) nem se admite a suspensão condicional do processo (as penas mínimas são superiores a um ano).

7 Conclusão

Tributos e tarifas são verbas pecuniárias utilizadas na remuneração de serviços públicos. Essas receitas orçamentárias

possuem naturezas jurídicas distintas, o que repercute, a princípio, nos casos de sonegação fiscal ou tarifária.

O contribuinte do tributo obriga-se, por força de lei, a remunerar serviço público, universal ou singular, utilizado efetiva ou potencialmente, nos termos do Código Tributário Nacional. O pagador da tarifa, que é o consumidor, vincula-se por meio de um contrato ao serviço público singular utilizado apenas efetivamente, estando amparado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Os regramentos distintos dessas verbas implicam soluções diversas, inclusive nas hipóteses de repetição do indébito e de cobranças criminosas de tributos e tarifas. Em que pese todas as distinções legais e doutrinárias, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem aplicando à sonegação tarifária o mesmo raciocínio aplicado aos casos de sonegação fiscal, no sentido de declarar a extinção da punibilidade, na hipótese de acordo celebrado entre o infrator e a concessionária do serviço público, antes do recebimento da denúncia, para parcelamento dos valores e, destarte, pagamento integral da dívida.

Title: Tax and fare evasion: still the distinction between tax and fare

Abstract: Tax and fare evasion: still the distinction between tax and fare. Taxes and fares are financial grants used for the remuneration of public services. These budgetary revenues have different legal natures, which, in principle, impact in the case of fiscal or fare evasion. The taxpayer is obliged by act of law to remunerate public services, be it either universal or singular and used in an effective or potential manner. This relationship is governed by law in the National Tax Code. The person who pays fares is bound by means of a contract to the singular public

service effectively used and, as a consumer, is supported by the Consumer Protection Code. The different regulations of these funds imply distinct solutions even in the event of repetition of undue payments or in case of criminal tax and fare charges. Despite all the legal and doctrine distinctions, the recent jurisprudence of the Brazilian Supreme Court has been the application to fare evasion the same rationale applied to tax evasion. Hence, the case is dismissed when an agreement between the transgressor and the public service concessionaire is reached to pay off the installments and, therefore, the entire debt, provided that this occurs before the acceptance of the accusation.

Keywords: Law. Fiscal. Criminal. Tax. Fare. Evasion. Jurisprudence.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

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: 17 jul. 2017.

planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 maio 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *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/l12016.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 5.172/1966, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-

ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 162. *DJ*, Brasília, DF, 10 jun. 1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='162'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 188. *DJ*, Brasília, DF, 23 jun. 1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='188'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 212. *DJ*, Brasília, DF, 23 maio 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='212'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 213. *DJ*, Brasília, DF, 2 out. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='213'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 407. *DJe*, Brasília, DF, 24 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='407'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 412. *DJe*, Brasília, DF, 16 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='412'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 460. *DJe*, Brasília, DF, 8 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='460'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 461. *DJe*, Brasília, DF, 8 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='461'>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 544. *DJ*, Brasília, DF, 10 dez. 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=544.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 545. *DJ*, Brasília, DF, 12 dez. 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2346>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

RECIFE. Lei municipal nº 15.563, de 27 de dezembro de 1991. *Diário Oficial do Recife*, Recife, 27 dez. 1991.

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

FERNANDES, Leonardo de Medeiros. Sonegação tributária e tarifária: ainda a distinção entre tributo e tarifa. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 441-480, 2016. Anual.

Submissão: 18/10/2016

Aceite: 24/3/17

A força expansiva das decisões do STF e sua vinculação ao ajuizamento de reclamação

Karen Kimie Taniguchi Santos

Analista Processual do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público – FESMPDFT. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Bacharela em Letras pela Universidade de Brasília – UnB.

Resumo: No cenário atual, ainda que o instrumento da resolução do Senado Federal indicado no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, confira eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, não significa que o efeito expansivo das decisões do Supremo Tribunal Federal sempre dependa de uma atuação do Senado Federal. Consequentemente, o fato de outras decisões do Pretório Excelso terem força *ultra partes* não induz, necessariamente, à possibilidade de exigência de seu cumprimento via reclamação, abandonando-se a função de corte de revisão e reforçando a função de corte constitucional.

Palavras-chave: Força expansiva. Precedentes. *Stare decisis*. Reclamação constitucional.

Sumário: Introdução. 1 Breve passagem pelos sistemas da *common law* e da *civil law* e a cultura do *stare decisis*. 2 Valorização dos precedentes judiciais. 2.1 No âmbito da jurisdição geral. 2.1.1 O NCPC e a legislação esparsa. 2.1.2 Decisões no âmbito do processo coletivo. 2. 2 No âmbito da jurisdição constitucional. 2.2.1 Súmula vinculante. 2.2.2 Repercussão geral do RE. 2.2.3 Os efeitos do controle de constitucionalidade difuso e concentrado. 3 Reclamação constitucional. 3.1 Breve passagem pelo instituto da reclamação. 3.2 Reclamação nº 4335/AC. 3.3 A força expansiva e o cabimento da reclamação. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

Este artigo analisa a tendência de valorização dos precedentes emanados da Corte Constitucional e a universalização da eficácia expansiva de suas decisões, tema de relevância acadêmica e jurídica.

O estudo ainda propõe a análise da possibilidade do manejo da reclamação, tendo em conta que a inobservância de quaisquer das decisões da Suprema Corte, em maior ou menor medida, ofende a autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF), o que permitiria, a princípio, a ação de reclamação.

Para tanto, haverá breve passagem pelos sistemas da *common law* e da *civil law* e pela cultura do *stare decisis* visando demonstrar que o sistema inicialmente adotado no Brasil – *civil law* – tem se aproximado do sistema da *common law*, sobretudo pela tendência da valorização dos precedentes judiciais (*stare decisis*).

Em seguida, o trabalho exporá como o sistema tem valorizado os precedentes, seja por reformas legislativas ou por meio de decisões judiciais. Na sequência, será abordada a valorização dos precedentes especificamente no âmbito do STF. Para tal finalidade, é importante passar pelos efeitos do controle de constitucionalidade e pelos instrumentos da súmula vinculante e da repercussão geral do recurso extraordinário (RE), formas relevantes para o efeito expansivo das decisões da Suprema Corte.

Por fim, após reconhecimento da tendência da força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal,

especialmente pelas alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC), será explorado o cabimento ou não de reclamação no caso de descumprimento dessas decisões. A admissão da reclamação seria abrangente e incondicional? Para isso, necessário um breve histórico da reclamação no Brasil, chegando, ao final, a resposta do problema apresentado como objeto deste estudo.

A pesquisa se limitará aos reflexos deste tema, tendo por premissa o julgamento da Reclamação Constitucional nº 4335/AC. Ela não pretende adentrar em questões filosóficas, sociológicas ou políticas que o tema possa ensejar nem pretende analisar de forma específica os institutos do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência (artigos 947 e 976 a 987 do NCPC).

1 Breve passagem pelos sistemas da *common law* e da *civil law* e a cultura do *stare decisis*

Os sistemas da *common law* e da *civil law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais diversas e, conseqüentemente, provocaram a formação de tradições jurídicas diferentes.

A *civil law* advém, precipuamente, da influência do Direito romano nos países da Europa continental, sendo forte a elaboração de leis, códigos e constituições. A *common law*, por sua vez, tem origem em um direito comum a toda a Inglaterra, deliberado e fixado pelos tribunais (RAMIRES, 2010, p. 63).

A tradição romano-germânica ou *civil law* surge em um momento de intensa organização das cidades e do comércio, ganhando destaque a sistematização e a aplicação do Direito para assegurar a ordem. A consolidação deste modelo tem como marco a Revolução Francesa, com a separação entre o direito e a religião, quebrando o rígido controle do Estado. Os juízes, antes ligados à satisfação da vontade da monarquia e do clero, passam a atuar no limite da lei. A não interpretação por parte dos magistrados era garantia da liberdade e da igualdade. A lei era a vontade do povo (MARINONI, 2010, p. 56).

A *common law* tem base em regras não escritas. É um direito jurisprudencial em sua essência. Na Inglaterra, não houve revolução, mas uma contínua evolução do direito baseada no costume e na decisão dos casos concretos. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 54):

O *common law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte de direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como *natural*: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso (WAMBIER, 2009, p. 54, grifo do autor).

Dessa feita, a segurança da *civil law* se dá por meio da lei, já que ao Poder Judiciário compete preservar a supremacia do Parlamento. Na *common law*, tal segurança é resguardada pelo

sistema dos precedentes, pois o modelo norte-americano destaca a supremacia do Judiciário.

No Brasil, o sistema adotado foi o da *civil law*. Reza o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Percebe-se, conseqüentemente, que dentro da tradição da *civil law*, o modelo brasileiro seguiu vinculado à produção legislativa, sendo a jurisprudência fonte indireta.

Por outro lado, o direito estadunidense é baseado na tradição da *common law*. A base anglo-saxônica não nega ao juiz o direito de interpretar a lei, cabendo à Corte Suprema a decisão vinculativa.

No que tange ao controle de constitucionalidade, precipuamente ao difuso, o sistema nacional aproxima-se muito do sistema americano, mas com a singularidade de que lá tal controle não é realizado por juízes de primeiro grau e sim apenas pela Suprema Corte, que tem decisão vinculativa a ser observada pelos juízes ordinários (*stare decisis*¹). Nas palavras de José Levi Mello do Amaral Jr. (2012, p. 137-138), nos EUA o que confere coerência ao sistema é justamente a técnica do *stare decisis*:

[...] decidida a inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte, na prática, nenhum outro juiz aplica a referida lei aos demais casos concretos análogos ao precedente da Corte, isso por força do antigo princípio, *stare decisis et non quieta movere*, que confere funcionalidade e coerência ao modelo de controle

¹ Expressão latina: *stare decisis et non quieta movere* (“mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”).

americano. Claro, ressalvadas as hipóteses de superação do precedente (*overruling*) ou de “distinção” (*distinguishing*) por força de alguma peculiaridade entre o precedente e o caso subsequente (AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 137-138).

Neste particular, o direito brasileiro coloca em risco a unificação da interpretação das leis, bem como da Constituição Federal, tendo em conta a possibilidade de decisões diversas em pretensões idênticas. Isso porque o Brasil copiou o sistema de controle de constitucionalidade do direito norte americano, mas sem o elemento que confere estabilidade ao sistema, qual seja, o *stare decisis*.

A doutrina do *stare decisis* fundamenta-se, portanto, na manutenção, pelas instâncias de hierarquia inferior, do que já foi analisado e decidido pela Corte para a resolução de casos idênticos ou semelhantes, garantindo-se solidez e segurança na aplicação do direito. Desta maneira, “[...] foram lançadas as bases para o desenvolvimento da ideia do precedente vinculante [...] que representa, em linhas gerais, a possibilidade jurídica de que o juízo futuro declare-se vinculado a decisão anterior, em face da identidade de casos” (PORTO, 2005, p. 8).

Sérgio Gilberto Porto (2005, p. 7) acrescenta que o caso julgado pelas cortes e que criam precedentes decorrem, verdadeiramente, de um direito com base na experiência que transcende o caso posto ao crivo judicial, dando estabilidade ao direito aplicado.

Assim, diante da possibilidade de julgamentos diversos em casos semelhantes e tendo por base a essência da *common law* e do instituto do *stare decisis*, verifica-se que o direito pátrio passa por um processo de valorização dos precedentes judiciais.

2 Valorização dos precedentes judiciais

O aumento de demandas judiciais e a complexidade dos casos apresentados ao Judiciário brasileiro exigiram maior valorização das decisões judiciais e a verificação de que o magistrado tem função criadora (adequação da norma ao caso concreto). Tal papel é exercido não no sentido de que a decisão judicial tem a qualidade de lei editada pelo Legislativo; mas sim no de que equipara-se à lei por ter força obrigatória para os demais juízes. É a força dos precedentes², conforme ensinamento do professor Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 282) ao discorrer sobre os sistemas da *civil law* e da *common law*, que garante segurança aos jurisdicionados:

Note-se que a *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Isto significa, portanto, que, nos países que não precisaram se

² Sobre o termo ‘precedente’: “embora também seja polissêmico, no âmbito do direito, designa fenômeno marcadamente distinto do da jurisprudência. Expressa a ideia de uma decisão, isto é, uma decisão que, independentemente de força vinculativa formal, tem potencial para influenciar na solução de casos futuros. Toda a decisão que tenha esse potencial pode ser considerada, de maneira ampla, como um precedente judicial” (SANTOS, 2012, p. 142).

iludir com o absurdo de que o juiz não poderia interpretar a lei, naturalmente aceitou-se que a segurança e a previsibilidade teriam de ser buscadas em outro lugar. E que lugar foi este? Ora, exatamente nos precedentes, ou, mais precisamente, no *stare decisis*. A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas, supôs-se na *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto que, na *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isto, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para desenvolver-se (MARINONI, 2009, p. 282).

Tal cenário é ainda mais notável com as experiências trazidas pela globalização. Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (1999, p. 170-171), o compartilhamento de interesses, comportamentos e necessidades, enfraquece a ideia de dicotomia entre os sistemas *civil law* e *common law*, havendo valorização da jurisprudência naquele sistema e uma maior codificação neste. Logo, “a tendência moderna do direito judiciário aponta para uma aproximação entre eles, justamente para que no âmbito da *common law* o direito escrito seja mais celebrado, enquanto que, no campo do *civil law*, os precedentes judiciais ocupem lugar de maior destaque” (SABINO, 2010, p. 52).

Não se pode olvidar que produções legislativas têm demonstrado a importação da ideia dos precedentes judiciais da *common law*, o que se verifica sobremaneira no novo CPC. O objetivo é deixar de lado o rigor do positivismo jurídico tradicional para aperfeiçoar o sistema processual em relação às demandas atuais. A exposição de motivos do Projeto de Lei

8.046/10 (anteprojeto do NCPC) destaca que “encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração” (BRASIL, 2010).

Assim, como forma de corrigir a ausência do *stare decisis*, criaram-se, no direito nacional, sucedâneos normativos. José Levi Mello do Amaral Jr. (2012, p. 140) cita, por exemplo, a suspensão, pelo Senado Federal (SF), a regra do *full bench* (artigo 97 da CF e artigo 949 do NCPC), a adoção do controle concentrado e a ampliação do rol de legitimados, o efeito vinculante dos motivos determinantes, a súmula vinculante e a repercussão geral. Dessa forma, nos termos do artigo 949 do NCPC, caso exista pronunciamento do Plenário do STF, haverá um *stare decisis* entre o STF e os demais tribunais.

Levando-se em conta, portanto, que a lei é interpretada de diversas formas, é necessário que haja efeito vinculante nas decisões da Suprema Corte a fim de que sejam preservadas a igualdade e a segurança jurídica. “A liberdade de atuação deixa de existir se sobre ela já houver pronunciamento superior sobre o tema, dando coerência ao sistema jurídico” (DINAMARCO, 2002, v. 6, p. 104). Os precedentes passam a ser fonte de direito. Nesse sentido explica Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 267):

A circunstância de o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz cria o direito a partir da sua própria vontade. Nesta perspectiva,

a força obrigatória do precedente, ou a admissão do precedente como fonte de direito, não significa que o judiciário tem poder para criar o direito. O que permite dizer que o juiz da *common law* cria o direito é a comparação do seu papel com o do juiz da tradição da *civil law*, cuja função se limitava à mecânica aplicação da lei (MARINONI, 2009, p. 267).

Corroborando o exposto, Jaime Domingues Brito e Flávio Luis de Oliveira (2008, p. 68) defendem que essa aproximação dos sistemas “[...] poderá conferir uniformidade de tratamento aos casos que guardarem similitude entre si, provocando, destarte, com isso, meios que poderiam dar maior efetividade ao processo e também ao direito fundamental ao acesso à justiça”.

Afinal, o precedente é instrumento pelo qual o magistrado atribui racionalidade a certa decisão, aplicando-se a orientação pré-constituída em casos semelhantes (TARANTO, 2007, p. 96).

Ainda sobre os precedentes, José Rogério Cruz e Tucci (2012, p. 111) faz uma classificação de acordo com sua eficácia, sendo objeto desse estudo o precedente com eficácia vinculante:

[...]

- i) precedente com eficácia meramente persuasiva;
- ii) precedente com relativa eficácia vinculante e
- iii) precedentes com eficácia vinculante.

O primeiro não vincularia, hierarquicamente, os demais juízes. Já o precedente com relativa eficácia vinculante fundamenta as decisões, pois decorrem de previsão legal expressa ou de construção jurisprudencial. Por fim, o precedente com eficácia vinculante deve ser necessariamente seguido, já que abrangeria súmulas do STF, decisões do próprio Supremo e dos tribunais no que toca ao controle concentrado de constitucionalidade e as decisões proferidas em incidente de processos repetitivos (TUCCI, 2012, p. 111).

Portanto, inegável a aproximação dos sistemas e, no caso brasileiro, a relevância da adoção dos precedentes como garantia de segurança jurídica, de igualdade e de previsibilidade das decisões. É o que dispõe o seguinte trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, na Reclamação nº 4.335/AC (BRASIL, 2014, p. 182-183):

Na verdade, os dois grandes sistemas jurídicos, eles vêm se aproximando, porque, na tradição romano-germânica, cada vez mais, os precedentes têm um papel mais importante, e, na tradição do Direito anglo-saxão, cada vez mais, a legislação escrita vem proliferando. E eu acho que essa é uma mudança saudável [...] eu acho que ela não só é importante como é uma inevitabilidade, porque o respeito aos precedentes e à expansão do papel dos precedentes atende a três finalidades constitucionais importantes: a primeira é a segurança jurídica. Na medida em que os tribunais inferiores respeitem, de uma maneira geral, as decisões dos tribunais superiores, cria-se um direito mais previsível e, conseqüentemente, menos instável. E, hoje em dia, há um entendimento que se generaliza de que a norma não é apenas aquele relato abstrato que está no texto. As normas jurídicas são um produto da interação entre o enunciado normativo e a realidade. Portanto, o Direito é, em última análise, o que os tribunais dizem que é. Além disso, essa disseminação do respeito aos precedentes atende ao princípio da isonomia na medida em que evita-se que pessoas em igual situação tenham desfechos diferentes para o seu caso, o que é, em alguma medida, sempre repugnante para o Direito. E, por fim, o respeito aos precedentes valoriza o princípio da eficiência, porque torna a prestação jurisdicional mais fácil, na medida em que o juiz ou os tribunais inferiores possam simplesmente justificar as suas decisões à luz de uma jurisprudência que já se formou (BRASIL, 2014, p. 182-183).

No mesmo sentido, o voto do Ministro Teori Albino Zavascki (BRASIL, 2014, p. 150-151):

Não se pode deixar de ter presente, como cenário de fundo indispensável à discussão aqui travada, a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos países que adotam o sistema da *civil law*, que vêm se aproximando, paulatinamente do sistema da *common law* (BRASIL, 2014, p. 150-151).

O ilustre ministro defendeu, em voto dado na Reclamação nº 4335/AC, que há intensa e explícita previsão normativa que confere aos precedentes eficácia ampliada para além das fronteiras da causa concretamente em julgamento, não sendo apenas a suspensão pelo SF a única forma de ampliação da eficácia subjetiva das decisões do STF. Tal constatação restou ainda mais evidente no NCPC. É o que se passa a expor.

2.1 No âmbito da jurisdição geral

2.1.1 O NCPC e a legislação esparsa

De acordo com o ensinamento do Ministro Teori Albino Zavascki (BRASIL, 2014, p. 149-169)³, podemos citar, como exemplo de eficácia expansiva, as seguintes disposições legais:

³ Rcl. 4335/AC, julgada em 20/3/2014, data anterior à entrada em vigor da Lei nº 13.105/15, razão pela qual se indica o artigo em vigor, correspondente ao mencionado no julgado, quando houver.

- a) Artigo 479 do Código de Processo Civil de 1973: tratava de um precedente de uniformização de jurisprudência sumulado. A ideia era de que tal orientação, embora não vinculativa, fosse observada pelo órgão inferior ou fracionário, tendo em conta a hierarquia da organização judiciária. Embora sem correspondência no novo CPC, o atual artigo 926 indica que os tribunais “devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, editando súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante sem deixar de observar as “circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (§2º). Objetiva-se, portanto, dentro de um mesmo tribunal, a continuidade de decisões harmônicas sobre questões jurídicas idênticas, uniformizando a utilização da tese jurídica adotada e dando tratamento isonômico aos jurisdicionados.
- b) Artigo 90, §2º da, Lei Complementar nº 35 de 1979: dispõe que o relator, nos processos de competência do Tribunal Federal de Recursos (TFR), mandará arquivar ou negará seguimento a recurso que contrariar súmula daquele Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal. Ora, isso nada mais é do que a configuração de um efeito *ultra partes* do precedente adotado pelo Tribunal ou pela Suprema Corte.
- c) Artigo 949, parágrafo único, do NCPC e artigo 97 da CF: para evitar a reiteração de incidentes sobre a mesma matéria, o órgão fracionário se utiliza da decisão do órgão superior para casos semelhantes. A decisão do órgão

superior, portanto, vincula o órgão inferior. Acerca do tema, esclarece o Ministro (ZAVASCKI, 2000, p. 34-35):

Por outro lado, com fundamento no sentido teleológico da norma do artigo 97 da Constituição, alguns tribunais passaram a considerar dispensável a instalação do incidente de inconstitucionalidade nas hipóteses em que já houvesse precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Prestigiavam-se, com isso, os princípios da segurança jurídica, da igualdade perante a lei, da economia processual, da racionalidade dos serviços judiciários e da autoridade do STF, guardião da Constituição [...] (ZAVASCKI, 2000, p. 34-35).

Tem-se que as divergências interpretativas dos tribunais perdem relevância, o que proporciona a coerência do sistema e a aplicação uniforme a todos os destinatários. Teori Albino Zavascki (2000, p. 153-154) acrescenta:

A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é. Eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância frente ao pronunciamento da Corte Suprema. Contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, em termos pragmáticos, que o de violar a Constituição. A existência de pronunciamento do Supremo sobre matéria constitucional acarreta, no âmbito interno dos demais tribunais, a dispensabilidade da instalação do incidente de declaração de inconstitucionalidade [...], de modo que os órgãos facionários ficam, desde logo, submetidos, em suas decisões, à orientação traçada pelo STF. É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso (ZAVASCKI, 2000, p. 153-154).

Assim, ao vincular as decisões dos demais tribunais, é patente a eficácia transcendental dos precedentes do Supremo

Tribunal Federal. Concretiza, brilhantemente, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 1093):

Esse entendimento marca evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se, autonomamente, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal, proferida *incidenter tantum* (MENDES; BRANCO, 2013, p. 1093).

- d) Artigo 955, parágrafo único, do NCPC: autoriza o relator a decidir de plano conflito de competência quando a decisão se fundar em súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, ou em tese firmada em julgamento de casos repetitivos.
- e) Artigo 496, §4º, do NCPC: dispensa o reexame necessário das sentenças que adotam súmula ou acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos.
- f) Artigo 535, §5º e artigo 525, §12, do NCPC: decisões do Supremo sobre a inconstitucionalidade de leis, ainda que em controle difuso, inibem a execução de sentenças contrárias a elas.

- g) Artigo 932, IV, do NCPC: dispõe que o relator negará provimento a recurso contrário a acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas. Assim, se a decisão recorrida afrontar precedente do STF, o relator pode, de imediato, dar provimento ao recurso. Tais previsões prestigiam a autoridade dos precedentes da Suprema Corte.
- h) Artigo 1.036, do NCPC: aborda recursos extraordinários ou especiais repetitivos. Confere especial força expansiva aos precedentes do STF e do STJ. Instalado o incidente, formado o precedente, ele terá força de impor julgamento igual aos demais recursos.
- i) Lei nº 10.259/01 e Lei nº 12.153/09 – Juizados Especiais: a turma de uniformização de lei federal deverá observar a súmula ou jurisprudência do STJ, demonstrando o regime de vinculação aos precedentes dos tribunais superiores. De outro lado, havendo recurso extraordinário no âmbito dos Juizados, seu julgamento, nos moldes da Lei nº 10.259/01, terá força de precedente a ser observado nos demais recursos sobre a matéria então decidida. Tal sistema de uniformização também foi instituído no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, conforme Lei nº 12.153/09 (artigos 18 e 19).
- j) Artigos 947 e 976 a 987 do NCPC: trazem as novidades mais marcantes do NCPC. O incidente de assunção de competência prevê que, estando em julgamento relevante questão de direito, com grande repercussão social e sem

múltipla repetição, poderá o relator propor a assunção de competência para o órgão indicado pelo Regimento Interno julgar. Dirimida a controvérsia e publicado o acórdão, este vinculará todos os juízes e órgãos fracionários. Já se a questão de direito apresentar múltipla repetição e colocar em risco a isonomia e a segurança jurídica, teremos o incidente de resolução de demandas repetitivas. Julgado esse incidente, a tese jurídica será observada na área de jurisdição do respectivo tribunal e alcança até mesmo os casos futuros que venham a tramitar no âmbito de competência do tribunal, salvo revisão.

Pelo exposto, e especialmente pela disposição dos artigos 926 a 928 do NCPC, verifica-se a ampliação da ideia já presente no sistema para as súmulas vinculantes, ao incluir, em outras decisões, o efeito vinculante que não possuíam. Tal constatação não deixa dúvidas de que o ordenamento jurídico brasileiro tem se aproximado de um modelo de valorização dos precedentes, ao implementar alterações legislativas que indicam um sistema vinculativo de jurisprudência. É possível perceber a intenção do legislador em uniformizar e estabilizar a jurisprudência, garantindo a efetividade do processo.

2.1.2 Decisões no âmbito do processo coletivo

Além das previsões normativas acima indicadas, podem-se citar, ainda, decisões que, por sua própria natureza, possuem eficácia *ultra partes*⁴, pois transcendem aos partícipes da relação

⁴ Aqui no sentido indicado, *para além das partes do processo*, sem adentrar

processual. São as sentenças proferidas em ações coletivas. Ao se pensar em inúmeras ações ajuizadas envolvendo o mesmo direito ou interesse, a tutela processual torna-se não só conveniente como imperiosa. Isso porque, para além de desafogar o Judiciário, permite a justiça no caso concreto. Diversas ações individuais propostas em juízos diferentes, certamente, trariam decisões também diversificadas. O tratamento processual coletivo, portanto, por sua natureza, institui um sistema vinculativo para além das partes do processo, respeitando a igualdade e mantendo coerência dentro do sistema.

Assim, por exemplo, a Lei nº 7.347/85 prevê que a sentença na ação civil pública terá efeitos *erga omnes* (artigo 16). No mesmo sentido, o artigo 103 da Lei nº 8.078/90 (*erga omnes e ultra partes*) e o artigo 22 da Lei nº 12.016/09, em relação à tutela do consumidor e ao mandado de segurança, respectivamente. Quanto ao mandado de injunção, o Ministro Teori Zavascki defende: “é, pois, da essência do mandado de injunção a edição de provimentos jurisdicionais com força material e subjetiva de caráter expansivo” (BRASIL, 2014, p. 155).

2. 2 No âmbito da jurisdição constitucional

Jurisdição constitucional é a atuação do Poder Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição, o que não se restringe ao controle de constitucionalidade. Segundo Teori Albino Zavascki (2000, p. 11), “ela congrega todos os órgãos do Poder

na discussão de ser ou não sinônimo da expressão *erga omnes*.

Judiciário e compreende o conjunto de atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e à efetividade das normas constitucionais”.

Nesse panorama, o Supremo Tribunal Federal ganha destaque por competir a ele, precipuamente, a guarda da Constituição e a última palavra acerca da interpretação e da aplicação das normas constitucionais.

2.2.1 Súmula vinculante

A partir da Emenda Constitucional nº 45 e da edição da Lei nº 11.417/06, as decisões do Supremo aprovadas por dois terços de seus membros, após reiteradas discussões sobre a matéria constitucional, serão consolidadas em súmulas, passando a ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração direta e indireta, em todas as esferas.

Importante verificar que a súmula vinculante decorre de reiteradas decisões proferidas em sede incidental, sendo, pois, exemplo de força expansiva das decisões do Supremo, já que decisões de caso concreto passam a ter efeitos gerais e vinculantes com a edição da súmula. Nesse sentido, expõe o Ministro Gilmar Mendes (2013, p. 1099):

Outra situação decorre da adoção de súmula vinculante [...], na qual se afirma que determinada conduta, dada prática ou uma interpretação é inconstitucional. Nesse caso, a súmula acabará por dotar a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede incidental de efeito vinculante. A súmula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, decorre de

decisões tomadas em casos concretos, no modelo incidental, no qual também existe, não raras vezes, reclamo por solução geral [...]. Desde já, afigura-se inequívoco que a referida súmula conferirá eficácia geral e vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sem afetar diretamente a vigência de leis declaradas inconstitucionais no processo de controle incidental [...]. Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se deduz, sem que se reconheça eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade (MENDES; BRANCO, 2013, p. 1099).

A súmula vinculante, então, permite que o Supremo dê eficácia geral à jurisprudência consolidada do STF.

2.2.2 Repercussão geral do recurso extraordinário (RE)

A repercussão geral é instrumento claro de aplicação de precedentes, já que dá uma feição objetiva à demanda anteriormente subjetiva (“que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” – artigo 1.035, §1º, do NCPC). Assim, caso o recurso extraordinário transcenda ao interesse objetivo da parte e vise proteger orientação da Suprema Corte (decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou que tenha sido proferida em julgamento de casos repetitivos), haverá a repercussão geral. Tal objetivação acaba por dar normatividade às orientações indicadas nos precedentes. Ela dá feição objetiva à demanda, anteriormente, subjetiva.

Esse novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário demonstra um estreitamento de acesso ao Supremo pela via difusa, ao mesmo tempo em que se verifica uma restrição

da atuação dessa Corte em causas com relevância transcendente. Então, “os efeitos vinculantes dos processos objetivos obstam a subida de eventuais controvérsias na via difusa” (ARAÚJO; BARROS, 2006).

Destaque-se, igualmente, que a posição do Supremo quanto à existência ou não de repercussão geral não pode ser inobservada pelos Ministros. Nada mais é do que expressão do efeito *erga omnes* em decisões em sede de controle difuso (BRASIL, 2014, p. 176).

Além disso, verifica-se a possibilidade de se aplicar o que foi decidido quanto a uma questão constitucional a diversos outros casos em que a mesma matéria é debatida.

2.2.3 Os efeitos do controle de constitucionalidade difuso e concentrado

A eficácia da sentença constitucional tem relevância frente às demais sentenças, por circunstâncias particulares, como o efeito *erga omnes* e a força vinculante. Ocorre que dentro da jurisdição constitucional coexistem dois sistemas de controle de constitucionalidade, o difuso e o concentrado. Aquele opera efeitos entre as partes; este, eficácia *erga omnes*.

O controle concentrado é realizado apenas pelo Supremo Tribunal Federal devendo a decisão por ele tomada ser observada pelos demais órgãos do Judiciário e pela Administração Pública em todas as esferas. Já o controle incidental pode ser realizado pelos órgãos judiciários inferiores ou pelo Supremo, via de regra,

por meio da interposição do recurso extraordinário. Em qualquer caso, há interpretação e aplicação da Constituição.

Dessa possibilidade advém uma das maiores contradições da jurisdição constitucional, pois os órgãos judiciários inferiores podem emanar, e certamente emanarão, decisões diversas sobre a mesma norma constitucional questionada. Tal quadro coloca em risco a observância dos princípios da isonomia, da previsibilidade e da segurança jurídica.

O ordenamento jurídico brasileiro reproduziu o controle difuso americano. Contudo, no sistema americano, não há que se falar em violação aos princípios da igualdade ou da segurança jurídica. O problema foi superado pelos americanos com a adoção da doutrina do *stare decisis*, segundo a qual, o precedente da corte de última instância deve ser seguido pelas cortes subordinadas, que não podem mudar a questão já decidida. Ou seja, a decisão passa a vincular os demais juízes e não apenas as partes do caso que deram causa à análise da Suprema Corte. A decisão, portanto, ganha contornos gerais.

Nos sistemas que não adotaram a cultura do *stare decisis*, como o Brasil, a valorização dos precedentes ganha contornos consideráveis. Teori Albino Zavascki (2000, p. 23-24) sustenta que feito um juízo de valor, ainda que no caso concreto, acerca da constitucionalidade ou não da norma, essa decisão ganha contornos juridicamente diferenciados, assumindo força expansiva:

É que os preceitos normativos têm, por natureza, a característica da generalidade, isto é, não se destinam a regular específicos

casos concretos, mas sim, estabelecer um comando abstrato aplicável a um conjunto indefinido de situações. Quando, portanto, se questiona a legitimidade desse preceito, ainda que no julgamento de um caso concreto, o que se faz é pôr em xeque também a sua aptidão para incidir em todas as demais situações semelhantes. Essa peculiaridade é especialmente relevante se considerada em face do princípio da igualdade perante a lei, de cuja variada densidade normativa se extrai primordialmente a da necessidade de conferir um tratamento jurisdicional igual para as situações iguais. É igualmente importante em face do princípio da segurança jurídica, que estaria fatalmente comprometido se a mesma lei pudesse ser julgada constitucional num caso e inconstitucional em outro, dependendo do juiz que a aprecia. [...] se a norma é aplicável a um número indefinido de situações, não faz sentido repetir, para cada uma delas, o mesmo julgamento sobre a questão constitucional já resolvida em oportunidade anterior. Essas são razões a demonstrar que as decisões a respeito da legitimidade das normas têm vocação natural para assumir uma projeção expansiva, para fora dos limites do caso concreto (ZAVASCKI, 2000, p. 23-24).

Dessa forma, uma visão mais ampla da decisão do STF em controle difuso de constitucionalidade se faz necessária. A força do precedente do Supremo não pode se mostrar tão restrita às partes e também à espera da suspensão pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal. A suspensão da execução pelo Senado Federal foi adotada como forma de dar eficácia geral à declaração de inconstitucionalidade na tentativa de substituir o *stare decisis*⁵.

⁵ A suspensão pelo Senado Federal faz às vezes do instituto do *stare decisis*. Neste trabalho não será abordada a questão de mutação constitucional do referido artigo. A essência do artigo 52, X, da CF, para o Ministro Gilmar Mendes, iria de encontro ao entendimento de que a decisão de inconstitucionalidade resultaria da inexistência da norma, o que no sistema norte-americano está de acordo com o *stare decisis*. No Brasil, para dar efeitos

A ausência de um sistema de valorização dos precedentes induziu, por via legislativa, à criação da figura da suspensão pelo SF. Cabe salientar que referida suspensão não revoga o ato declarado inconstitucional. Trata-se de ato político com o condão de dar eficácia *erga omnes* à decisão incidental do Supremo (BARROSO, 2012, p. 156).

Neste ponto, há que se ponderar que a doutrina debate a aptidão da resolução do Senado sobre dar efeito *erga omnes* à decisão do Supremo em casos concretos (MENDES; BRANCO, 2013, p. 1088). Interessante notar que a atuação do SF dando eficácia *erga omnes* só ocorre quando há declaração de inconstitucionalidade, ou seja, a declaração de constitucionalidade no controle difuso independe de qualquer suspensão, valendo *per se* (MENDES; BRANCO, 2013, p. 1073).

Discute-se a incoerência do sistema, já que até em sede de liminar no controle concentrado pode o Supremo suspender a eficácia de uma lei, não podendo agir de igual forma quando o controle é incidental, mas definitivo (não liminar). Esclarece o Ministro Gilmar Mendes:

Se o Supremo pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? [...]. Deve-se observar, outrossim,

amplos ao controle difuso, foi criada a suspensão pelo SF, o que negaria a ideia de nulidade da norma declarada inconstitucional. Segundo o Ministro, a atuação do SF, atualmente, deve ser apenas para dar publicidade à decisão do STF (MENDES, 2004).

que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar a eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta (BRASIL, 2014, p. 27).

Parece um tanto discrepante que num juízo precário como uma medida liminar seja possível operar-se efeito *erga omnes*, ao passo que num controle incidental, mas definitivo, tal efeito não é automático.

Acrescente-se, também, que a resolução do SF não empresta efeito *erga omnes* à técnica de interpretação conforme a Constituição, à inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou ao juízo de não recepção de lei pré-constitucional. Trata-se, portanto, de um conjunto de decisões que dispensa a resolução suspensiva para ter força vinculante. O Supremo está, implícita, mas inquestionavelmente, atribuindo efeito expansivo as suas decisões.

Cite-se, por outro lado, a implementação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Nela, a decisão do caso concreto tem eficácia *erga omnes* por se tratar de um processo objetivo, sendo que a mesma questão, no controle incidental, terá eficácia *inter partes*, o que demonstra a inconsistência do modelo seguido. Sobre a ADPF, discorre o Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2014, p. 49-50):

[...] a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar

radicalmente a concepção que dominava entre nós sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a Emenda Constitucional nº 16/65 e sob a Carta de 1967/69 [...] resta evidente que a ADPF estabeleceu uma ponte entre os dois modelos de controle, atribuindo eficácia geral a decisões de perfil incidental (BRASIL, 2014, p. 49-50).

Para o sistema jurídico, o efeito vinculante decorrente das decisões do STF deve, então, ser observado sob pena de a Suprema Corte perder a autoridade de pronunciá-las. “A força vinculante da decisão é institucional e se impõe pela razão bastante de se tratar de sentença com ilimitada eficácia subjetiva proferida pela mais alta Corte do País” (ZAVASCKI, 2000, p. 54), não sendo necessário saber se a norma tida por inconstitucional teve ou não sua execução suspensa pelo SF.

Afirma Luís Roberto Barroso (2012, p. 157) que uma decisão plenária do STF, em controle incidental ou ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos, pois “seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é” ou aguardar a benevolência do Senado Federal quanto à suspensão da norma declarada inconstitucional.

Assim, para efeitos institucionais, uma melhor interpretação acerca da eficácia das decisões do STF, resumidamente, compreende (ZAVASCKI, 2000, p. 166-167):

- a) as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de normas, mesmo quando tomadas incidentalmente, no julgamento do caso concreto, têm uma natural vocação expansiva, já que representam a palavra do guardião da Constituição sobre a legitimidade ou não de um preceito de natureza genérica, apto a incidir sobre número indefinido de situações análogas;
- b) por isso, no âmbito do controle difuso, evidencia-se a necessidade de formular mecanismos para preservar os princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade perante a lei, ante o risco de haver, nos tribunais, decisões divergentes sobre idênticos casos concretos;
- c) no sistema norte-americano, que somente contempla o método incidental de controle, o problema é resolvido com a doutrina do *stare decisis*, cuja aplicação acarreta, naturalmente, a eficácia *erga omnes* das decisões da Suprema Corte;
- d) no Brasil, as decisões sobre constitucionalidade, no âmbito do controle difuso, têm força vinculante apenas para o caso decidido;
- e) todavia, quando se trata de decisão do Supremo Tribunal Federal, além da eficácia direta sobre a situação concreta, decorrem também eficácias reflexas, com nítida tendência a generalizar os efeitos por ela produzidos;
[...]
- f) a decisão do STF “declarando ou não a inconstitucionalidade da norma” produz, independentemente da Resolução do Senado, efeito vinculante para os demais tribunais [...] dispensando-se o incidente de inconstitucionalidade [...] (ZAVASCKI, 2000, p. 166-167).

Constata-se, portanto, que a competência extraordinária vem assumindo um caráter objetivo. Os novos parâmetros visualizados no controle de constitucionalidade não deixam dúvidas a respeito da força que vêm ganhando os precedentes judiciais. Conforme a autorizada observação de Marcelo Labanca Côrrea Araújo e Luciano José Pinheiro Barros (2006):

Curial, portanto, esclarecer que, na medida em que o Supremo Tribunal Federal concede efeitos transcendentais à decisão

que declara a inconstitucionalidade de uma norma, em sede de controle difuso (via Recurso Extraordinário), naturalmente está-se diante de uma aproximação do modelo difuso ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, eis que os fundamentos daquela decisão, aparentemente utilizados apenas na fronteira do processo inter partes, passam a transcender o próprio processo, aplicando-se a outros casos, desenhando uma espécie de efeito geral (efeito típico de decisões oriundas de um controle concentrado). Ou, em outro enfoque, passa-se a admitir algo parecido com o chamado *stare decisis* do direito norte-americano, onde os precedentes, havidos em processos subjetivos, passam a ser de observância obrigatória para além das fronteiras do processo primitivo, aplicando-se de maneira geral (ARAÚJO; BARROS, 2006, p.12-13).

O professor Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 100-102) reforça a ideia de submissão dos demais juízes às decisões do STF, a fim de que se confira racionalidade ao sistema jurídico:

Não há dúvida que a interpretação do Supremo Tribunal Federal deve prevalecer, submetendo os demais juízes. Não há racionalidade em admitir que um juiz ordinário possa atribuir a uma questão constitucional interpretação diversa da que lhe tenha dado o Supremo Tribunal Federal. Daí a importância da vinculação dos órgãos judiciais às decisões do Supremo Tribunal Federal. Aliás, a racionalidade do controle difuso depende do adequado emprego da técnica vinculante, nos moldes do *stare decisis* estadunidense, para o que é imprescindível o desfazimento da confusão entre poder para controlar a constitucionalidade e poder para decidir de forma indiferente aos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal. Se é verdade que todo e qualquer juiz tem o dever-poder de controlar a constitucionalidade, é inegável que este poder só pode ser exercido de forma racional quando submetido ao entendimento do Supremo Tribunal Federal (MARINONI, 2008, p. 100-102).

De fato, da função de guardião da Constituição Federal decorre, naturalmente, do poder do Supremo Tribunal Federal em decidir com força vinculante. Somente dessa forma é possível a observância estrita à CF. Senão vejamos:

Se entendermos que o efeito vinculante da decisão está intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional de um dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal, temos de admitir, igualmente, que o legislador ordinário e o próprio Tribunal não estão impedidos de reconhecer essa proteção processual especial a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pela Corte. Assinala-se, nessa mesma linha, que esta Corte não estará exorbitando de suas funções ao reconhecer efeito vinculante a decisões paradigmáticas por ela proferidas na guarda e na defesa da Constituição. Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais [...].

Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema [...].

Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso (MENDES, 2009, p. 105-109).

Pode ser citada também, como exemplo da eficácia subjetiva universal, a previsão do artigo 27, da Lei nº 9.868/99, que trata da modulação de efeitos na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e na ação direta de constitucionalidade (ADC). A modulação de efeitos também pode ser realizada em controle incidental de inconstitucionalidade. Nada mais é do que uma objetivação do processo subjetivo⁶. São diversos os julgados em que, com base nesse entendimento, o STF atribuiu efeitos prospectivos a decisões que reconheciam a inconstitucionalidade de dispositivos legais em concreto, inclusive na Rcl. 4335/AC, objeto deste trabalho, ao decidir que as penas já extintas não seriam alcançadas pelo julgado. O mesmo se verifica quanto às decisões de inconstitucionalidade de leis municipais:

Observe-se, ainda, que, nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes [...]. Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal (BRASIL, 2014, p. 43).

⁶ Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes: “Quando há modulação de efeitos, inevitavelmente, nós estamos assumindo, veja – independentemente da consulta ao Senado e de sua participação –, que a decisão – e a decisão é nossa – transcende o caso concreto” (BRASIL, 2014, p. 176).

A modulação de efeitos para as relações que se constituíram ao longo da execução da lei declarada inconstitucional demonstra que as decisões de inconstitucionalidade, especialmente no controle difuso, já possuem natural eficácia expansiva.

3 Reclamação constitucional

3.1 Breve passagem pelo instituto da reclamação

De início, cabe frisar que o objeto do trabalho limita-se à análise da reclamação no âmbito do STF.

A reclamação é um instituto genuinamente brasileiro, de criação jurisprudencial, hoje com *status* constitucional, que objetiva resguardar a supremacia das decisões dos tribunais superiores, mais precisamente do STF e do STJ e, atualmente, a observância das súmulas vinculantes.

A ideia inicial não é defender o interesse da parte afetada pela decisão judicial, mas impedir a invasão de competência (preservação da competência) ou a desobediência à decisão das cortes (assegurar a autoridade dos julgados). A reclamação constitucional, portanto, sustenta a integridade das decisões interpretativas do STF (GÓES, 2008, p. 555).

Primeiramente, a reclamação foi incluída no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Em seguida, a Constituição Federal de 1967 permitiu que o STF estabelecesse a disciplina processual de seus feitos, “[...] conferindo força de lei federal às disposições do Regimento Interno sobre seus processos, acabou

por legitimizar definitivamente o instituto da Reclamação, agora fundamentada em dispositivo constitucional” (MENDES, 2009, p. 95). A CF de 1988 estabeleceu a reclamação como competência originária do STF e do STJ.

Atualmente, a utilização do instituto é bem ampla, sendo aceita para assegurar a eficácia das decisões tomadas também em sede de *habeas corpus* (MENDES, 2009, p. 101) e em outras situações, como no caso da Reclamação 4335/AC, objeto deste estudo.

Convém consignar que o objetivo da reclamação não é a reforma (proferimento de outra) ou a anulação da decisão, mas a cassação dela. Em caso de ofensa à súmula vinculante, o STF cassa e determina que outra decisão seja proferida.

Importante registrar, também, que a inovação do cabimento de reclamação por inobservância de súmula vinculante fortalece a ideia do efeito expansivo, tendo em vista que antes o instituto limitava-se às decisões dotadas de efeito vinculante dos processos objetivos (MENDES, 2009, p. 101). “Essa nova hipótese de Reclamação está embasada em situação subjetiva, que poderá ser alterada com o passar do tempo e de acordo com o processo de criação do direito” (ARAÚJO, 2005). Isso porque a súmula emerge da reunião de decisões individualizadas no mesmo sentido (GÓES, 2008, p. 579).

Importante mencionar que, no novo Código de Processo Civil, é hipótese de cabimento de reclamação a violação de tese

firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas. Firmasse, dessa maneira, a observância da autoridade dos julgados⁷.

Em relação à legitimidade, de início, o Supremo não admitia a reclamação em processo de controle concentrado, dada a sua natureza objetiva (Rcl. nº 354/DF⁸). Ocorre que o STF mudou esse entendimento:

O STF reviu sua posição anterior e passou a admitir o cabimento da Reclamação para a garantia da autoridade da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade. Porém, restringiu a legitimidade para o ajuizamento da Reclamação apenas aos legitimados para a propositura da ação de inconstitucionalidade (ALVES, 2012, p. 77).

Nessa mudança de entendimento, o STF restringiu aos legitimados porque o controle concentrado é objetivo, sendo que a “parte interessada” da Lei nº 8.038/90 abrangeria os terceiros juridicamente interessados. Depois, passou a entender que seriam legitimados todos aqueles que comprovassem prejuízo (Rcl. nº 1880/SP⁹).

⁷ “Art. 988: Caberá Reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] IV – garantir a observância da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas [...]” (BRASIL, 2015).

⁸ Agravo Regimental – Reclamação que busca garantir a autoridade de decisão tomada em processo de controle concentrado de constitucionalidade – inadmissibilidade – recuso improvido. A jurisprudência do STF firmou-se no sentido do não cabimento de reclamação na hipótese de descumprimento de decisão tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, dada a natureza eminentemente objetiva do processo de ação direta. Precedentes da Corte (Rcl. 354 AgR/DF; Relator Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 16/05/1991; Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

⁹ Questão de ordem. Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento de

Assim, admite-se, atualmente, a impetração por todos aqueles que comprovem prejuízo resultante das decisões contrárias às teses do STF:

Ressalte-se que a expansão do efeito vinculante no controle concentrado (ADI, ADC, ADPF) e, mais recentemente, a adoção da súmula vinculante, contribuíram (e ainda hão de contribuir) para ampliar a legitimação para propositura da Reclamação. É que nos termos do entendimento hoje dominante, especialmente a partir da Rcl. nº 1880, toda e qualquer pessoa afetada pela decisão contrária à orientação com efeito vinculante poderá questionar esse ato em Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal (MENDES, 2009, p. 111).

Daniel Amorim Assumpção Neves (2013, p. 329) acrescenta que o autor da reclamação deverá demonstrar a legitimidade para a sua propositura, pois ela não é restrita às partes do processo originário:

Não é possível limitar a legitimidade às partes do processo originário, até porque é cabível a Reclamação constitucional independentemente da existência de processo. Ademais, mesmo quando existe um processo em trâmite, não se pode descartar a priori a existência de terceiros juridicamente interessados, que também terão legitimidade para a propositura da Reclamação

mérito. Parágrafo único do artigo 28 da lei 9868/99: constitucionalidade. Eficácia vinculante da decisão. Reflexos. Reclamação. Legitimidade ativa. [...] 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa *ad causam* de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. [...] (Rcl. 1880 AgR/SP; Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA; Julgamento: 07/11/2002; Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

constitucional. Entendo que o interesse deve ser demonstrado no caso concreto pelo autor da Reclamação constitucional, por meio da comprovação de possível repercussão do processo em trâmite ou do ato administrativo praticado em sua esfera jurídica. Ainda que não precise demonstrar qualquer sucumbência no caso concreto (como ocorre na hipótese de usurpação de competência), sendo incorreto associar o interesse da parte a uma eventual melhora em sua situação prática, deve demonstrar que a ilegalidade cometida pode juridicamente atingi-lo (NEVES, 2013, p. 329).

No tocante à natureza jurídica, a doutrina é divergente. E não é esse o ponto central deste trabalho, Apenas a título informativo, cite-se o seguinte trecho de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000, p. 460):

[...] a posição dominante parece ser aquela que atribui à Reclamação natureza de ação propriamente dita, a despeito de outras vozes autorizadas da doutrina identificarem natureza diversa para o instituto, como já referido, seja como remédio processual, incidente processual ou recurso. Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da Reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser solvida [...] (DANTAS, 2000, p. 460).

Desse modo, compreende-se a reclamação como um instrumento de harmonização das decisões da Suprema Corte. Ela permite que se leve diretamente ao STF a arguição de inobservância ou descumprimento de suas decisões, sem sequer ser necessário o esgotamento das vias ordinárias de impugnação (NEVES, 2013, p. 315). Permite, portanto, a tutela jurisdicional

adequada com a estabilização da organização judiciária e com a preservação da segurança jurídica (GÓES, 2008, p. 555).

3.2 Reclamação nº 4335/AC

A Reclamação nº 4.335/AC foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado, tendo em conta o indeferimento de progressão de regime de alguns apenados. O pedido baseou-se na decisão do HC nº 82.959/SP que, em processo individual, declarou inconstitucional o §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, que previa o regime integralmente fechado para crimes hediondos equiparados.

O juiz da Vara de Execuções Penais (VEP) indeferiu o pleito ao argumento de que o Supremo Tribunal Federal teria afastado a vedação em controle difuso, valendo, portanto, para as partes da demanda. Logo, o tema de fundo da reclamação foi a eficácia expansiva das decisões do STF em controle difuso.

Caberia reclamação já que a decisão foi da VEP? Haveria suprimento de instância? Ao analisar o caso concreto do HC, o Supremo não fez análise da lei em tese?

3.3 A força expansiva e o cabimento de reclamação

A evolução do sistema jurídico caminha para o reconhecimento, cada vez maior, da força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal e para a gradativa implantação de um sistema de julgamento por precedentes (FERRAZ, 2014, p. 535). De acordo com Taís Schilling Ferraz (2014, p. 535),

citando o Ministro Gilmar Mendes, a força normativa da decisão da Corte garantiria, atualmente, eficácia geral às suas decisões em tema de inconstitucionalidade, inclusive quando proferida em controle difuso.

Não restam dúvidas de que, quando o Supremo Tribunal Federal analisa um recurso extraordinário, há análise de lei em tese. Não se levam em conta, no controle difuso, as particularidades do caso concreto para se declarar a inconstitucionalidade. É incoerente entender que uma lei é inconstitucional para determinado caso concreto, sem estender tal interpretação para casos semelhantes. Fere a lógica do sistema entender que uma mesma lei é válida para um caso, mas não é para outro:

Uma lei, por natureza, tem destinação genérica e natureza abstrata, não havendo coerência em considerá-la inválida, senão para todos os seus destinatários naturais. A nulidade da lei inconstitucional não se compatibiliza com efeitos restritos ao caso em que inicialmente reconhecida. Ou uma lei é válida ou é inválida. De um jeito ou de outro, o natural é que o seja para todos. É neste ponto que o sistema peca pela incoerência, pela falta de integridade. Como não se reconhece, tradicionalmente, legitimidade a um precedente da Corte Suprema que declara a inconstitucionalidade de uma norma em decisão definitiva e no exercício de sua competência (simplesmente porque esta proclamação deu-se em um caso singular - como se o órgão julgador não fosse o mesmo) (FERRAZ, 2014, p. 555).

Destarte, as decisões do STF, em controle difuso, têm natural aptidão expansiva. A eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional. O texto da Constituição Federal alterou substancialmente o papel da Corte para uma função preeminente de guarda da CF. De tal forma, as decisões do STF possuem força normativa suficiente para, num caso concreto, estenderem-se a todos. Do contrário, interessados, em casos similares, utilizariam desmedidamente a reclamação para obterem a mesma decisão, transformando o STF em Corte de Revisão ao invés de uma Corte Constitucional.

Assim, verificada a força expansiva das decisões do Supremo, novo questionamento surge em relação à possibilidade irrestrita de cabimento de reclamação.

Nesse ponto, a reclamação tem papel de relevo, pois ela serve como instrumento de uniformização da jurisprudência e de valorização do precedente, além de fortalecer o STF pelo respeito as suas decisões. Isso porque a reclamação permite que se aproxime a decisão do órgão *a quo* às decisões do STF e do STJ, “pois o desrespeito à competência destes Tribunais e/ou a violação da autoridade das suas decisões (inclusive da súmula vinculante) terá um único resultado: a cassação ou anulação” (VEIGA, 2013, p. 65).

Ocorre que não pode haver um uso irrestrito da reclamação, o que deve ser contido pelos tribunais superiores, tese levantada pelo Ministro Teori Albino Zavascki em seu voto proferido na Reclamação nº 4335/AC.

Quanto ao instituto da reclamação, os Ministros se dividiram da seguinte forma:

- a) os que admitiam a Reclamação, por entenderem que, diante de sua força normativa, os julgados da Corte em controle difuso de constitucionalidade poderiam ser invocados para caracterizar a situação de grave ofensa à autoridade de decisão do STF (CF, art. 102, I, I, e Lei nº 8.038/1990, art. 13);
- b) os que não a admitiam, por não identificarem eficácia *ultra partes* às declarações de inconstitucionalidade prolatadas em casos concretos pelo STF, embora concedessem *habeas corpus* de ofício, no caso; e
- c) os que, embora não admitissem o uso da Reclamação em casos tais, por restringirem o seu uso aos casos de decisões com eficácia vinculante e *erga omnes*, decidiram por conhecer do pedido, neste caso em especial, em decorrência de fato superveniente: a edição de Súmula Vinculante nº 26 sobre o tema de fundo, fundamento suficiente para ensejar o uso desta via processual (Lei nº 11.417/2006, art. 7º) (FERRAZ, 2014, p. 541).

A Reclamação nº 4335/AC foi julgada, por maioria, procedente, mas não pelo fato de a decisão do juiz do Acre ter afrontado o HC nº 82.959/SP. A decisão foi tomada devido à superveniência da Súmula Vinculante nº 26, que permitiu, por disposição constitucional, a interposição de reclamação.

Ocorre que, embora o Plenário não tivesse, nesse julgamento específico, decidido que as decisões em controle difuso pelo STF possuiriam eficácia *ultra partes*, não há dúvidas acerca da força que os precedentes da Suprema Corte têm alcançado e que foi até aqui exposta. O direito brasileiro tem caminhado para um sistema de valorização dos precedentes, devendo a eles ser atribuída

força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos.

Nesse sentido, o descumprimento de tais decisões permitiria, a princípio, o cabimento de reclamação. Isso porque não deixa de existir uma ofensa à autoridade do STF e é inquestionável, a exemplo da reserva de Plenário, a força vinculante da decisão¹⁰. Ocorre que tal interpretação transformaria o Supremo em uma corte executiva, atraindo competências próprias das instâncias ordinárias. Caberia, então, reclamação de todas essas decisões com efeito expansivo?

A resposta afirmativa a essa questão, bem se percebe, transforma o Supremo Tribunal Federal em órgão de controle dos atos executivos que decorrem, não apenas das decisões que toma em sua competência originária - como as ações de controle concentrado de constitucionalidade e as ações de descumprimento de preceito fundamental -, como também de todas as demais decisões por ele tomadas, quando revestidas, em alguma medida, de eficácia expansiva [...]. Não há dúvida de que o descumprimento de qualquer uma dessas decisões, em maior ou menor grau, ofende a autoridade das decisões do Supremo, mas essa competência deve ser vista restritivamente, numa redução teleológica e sistemática, o que demonstra a ausência de fatores determinantes da competência do Supremo

¹⁰ Ainda que se entenda que só caberia Reclamação de decisões vinculantes e não de todas as decisões com força *ultra partes* ou *erga omnes* do STF, não se pode esquecer que as Súmulas Vinculantes são editadas a partir de reiteradas decisões de casos concretos, além de o controle incidental não deixar de fazer uma análise de lei em tese e ainda a reserva de plenário ser vinculativa, sendo necessário, portanto, repensar a abrangência da Reclamação limitada a decisões vinculativas. As possibilidades de cabimento talvez sejam melhor limitadas pela legitimidade, como sugeriu o Ministro Teori Albino Zavascki.

[...]. O mesmo sentido restritivo há de ser conferido à norma de competência sobre cabimento de Reclamação. É que, considerando o vastíssimo elenco de decisões da Corte Suprema com eficácia expansiva, e a tendência de universalização dessa eficácia, a admissão incondicional de Reclamação em caso de descumprimento de qualquer delas, transformará o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte executiva, suprimindo instâncias locais e atraindo competências próprias das instâncias ordinárias. Em outras palavras, não se pode estabelecer sinonímia entre força expansiva e eficácia vinculante *erga omnes* a ponto de criar uma necessária relação de mútua dependência entre decisão com força expansiva e cabimento de Reclamação (BRASIL, 2014, p. 166-168).

A interpretação do cabimento da reclamação deve ser restritiva. Até mesmo porque esse meio de impugnação tende a ser a via mais frequente e rápida de acesso ao STF, o que justifica a limitação.

Segundo o Ministro Teori Albino Zavascki, a reclamação, portanto, só será admitida quando ajuizada por quem tenha sido parte na relação processual em que for proferida a decisão que se deseja preservar a eficácia. A legitimação ativa mais ampla da reclamação só é possível nas hipóteses em que a lei ou a CF expressamente preveem, como no caso das súmulas vinculantes.

Por outro lado, afirma que, por imposição do sistema e fortalecendo a força expansiva das decisões do STF, especialmente no controle incidental, há de se considerar possível o cabimento da reclamação quando ajuizada por entidade ou autoridade legitimada para a propositura da ação de controle concentrado, nos termos do artigo 103 da CF (BRASIL, 2014, p. 169).

Assim, entendendo que as sentenças em controle difuso tenham eficácia vinculante entre as partes, a elas cabe a faculdade de postular a reclamação. Contudo, para o sistema, os julgados da alta Corte precisam ser observados, sob pena de perder a autoridade de pronunciá-los. “É forçoso reconhecer que a força vinculante da decisão é institucional e se impõe pela razão bastante de se tratar de sentença com ilimitada eficácia subjetiva proferida pela mais alta Corte do País” (BRASIL, 2014, p. 54). O efeito vinculante decorre da sentença; é eficácia processual, e não da validade ou invalidade da norma apreciada.

Dentro dessa perspectiva, seriam respeitados o reconhecimento dos efeitos *ultra partes* das decisões do Supremo e, ao mesmo tempo, a ideia restritiva do cabimento da reclamação, preservando a força dos precedentes e a função de corte constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se que o sistema caminha para uma valorização natural dos precedentes, inclusive, como visto, com algumas alterações legislativas. Essa ideia, contudo, deve decorrer de uma mudança própria do sistema para não depender apenas das modificações legais. Ela implica, sobremaneira, a comunicação entre as instâncias com vistas a um sistema coerente e harmônico. Por fim, cabe registrar a pertinente observação da Dra. Taís Schillig (2014, p. 563):

Os precedentes atualmente não tendem a ser respeitados por sua legitimidade ou mesmo pela autoridade do órgão de onde emanam, mas porque agora há lei obrigando que assim o sejam

[...]. Enquanto não houver a percepção de que o problema da integridade do sistema não é um problema apenas do Legislativo ou do STF, que as soluções deverão de ser compartilhadas entre as instâncias extraordinárias e ordinárias e entre os órgãos do sistema de justiça, pouco efeito positivo se poderá extrair de qualquer reforma processual. Sem abrir mão da ideia de que o processo é instância hermenêutica, ciência do diálogo, do convencer, é possível a introdução da ideia de respeito aos precedentes no Direito brasileiro. Não, porém, como novos dogmas a serem objeto de reverência, mas enquanto fontes legítimas de direito (FERRAZ, 2014, p. 563).

Portanto, as decisões da Suprema Corte, enquanto guardiã da Constituição Federal, seja no que toca à eficácia *ultra partes* de seus julgados, seja em relação à ideia restritiva de cabimento da reclamação, devem ter alcance tal que concretize os valores e os fins constitucionalmente estabelecidos para coerência do sistema e preservação dos direitos fundamentais, especialmente a segurança jurídica e a igualdade. É indiscutível que a Constituição Federal se modifica porque mantém constante diálogo com a realidade política, econômica e social do país, devendo o Pretório Excelso acompanhar essa evolução.

Por fim, cabe apenas mencionar que o NCPC especificou novas hipóteses de cabimento de reclamação (artigo 988), dentre elas a de assegurar a observância do precedente proferido em julgamento de casos repetitivos. Considerando que o novo código não previu sanção à inobservância do efeito vinculante, restaria às partes apenas o instituto da reclamação. E isso já permite prever uma multiplicação de reclamações perante a Corte Constitucional, linha de interpretação diversa da estabelecida na Rcl. nº 4335/AC.

4 Conclusão

A presente exposição não teve a intenção de aprofundar aspectos dos sistemas da *civil law* e da *common law*, mas apenas demonstrar a aproximação entre esses sistemas, especialmente no Brasil, em função da valorização dos precedentes judiciais.

Embora os juízes brasileiros não estejam vinculados, como um juiz norte-americano, à força do precedente, já que aqui não se incorporou a técnica do *stare decisis*, não se pode afirmar, atualmente, que o precedente é estranho ao direito pátrio. A amplitude transcendente dos julgados da Suprema Corte tem sido visualizada tanto pelas alterações legislativas quanto pelas decisões do próprio Tribunal, como se percebe com a modulação de efeitos no controle difuso. Trata-se de uma decisão potencialmente relevante a ponto de influenciar no julgamento de casos semelhantes.

A não submissão de um juiz à decisão de um tribunal superior é enxergar o magistrado como uma peça fora do sistema de distribuição de justiça. Isso porque, diante de casos semelhantes já apreciados pela Corte Constitucional, razão não há para não se observar esses julgados. Tal prática não fere a liberdade de decidir em um contexto no qual se olha o todo, garantindo a segurança jurídica, a previsibilidade e a igualdade. Ilógico é decidir casos iguais de forma diferente. Dessa forma, os jurisdicionados não abrangidos por uma decisão em controle difuso, por exemplo, restariam desamparados até que houvesse eventual suspensão do Senado Federal.

Esse entendimento, para além de uma aplicação uniforme do direito, preserva a autoridade do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, salvaguardando os pilares de um sistema de decisões coerentes a variadas situações.

Verifica-se uma nítida expansão da feição objetiva do controle incidental, ponto de destaque do voto do Ministro Teori Albino Zavascki no julgamento da Reclamação nº 4335/AC, destacando-se a repercussão geral, a reserva de plenário e a súmula vinculante. Por esse caminho segue a jurisprudência do STF.

Isso decorre naturalmente do compromisso com a integridade do sistema jurídico constitucional. A ampliação de mecanismos de controle abstrato, a insuficiência de resoluções do SF, somadas à tendência de valorização dos precedentes jurisprudenciais do Supremo, acabam por gerar o fortalecimento da extensão subjetiva dos efeitos da decisão dessa Corte.

Diante dessa força normativa das decisões do STF, inobservá-las levaria à compreensão de cabimento de reclamação, já que o instituto assegura eficácia aos pronunciamentos da Suprema Corte. Essa ampliação da possibilidade de cabimento, contudo, levaria a uma sobrecarga de processos no Supremo.

Desse modo, sem se negar a inequívoca tendência de respeito aos precedentes e sem transformar o Supremo Tribunal Federal em corte recursal, em detrimento de uma corte constitucional, a reclamação, nesses casos, só será admitida quando ajuizada por quem tiver sido parte da relação processual na qual foi proferida

a decisão de que se deseja preservar a eficácia. E, robustecendo a força expansiva das decisões do STF, há de se considerar possível o cabimento da reclamação pelos legitimados no artigo 103 da CF.

Assim, por força de um conjunto normativo constitucional, infraconstitucional e de precedentes que se dirigem a conferir efetividade às decisões do STF e racionalidade ao sistema jurídico, razão não há para negar a faculdade de postular a reclamação.

Os fundamentos da interpretação da Constituição devem ser observados para a preservação e o desenvolvimento da ordem constitucional, adaptando-se os dispositivos constitucionais às necessidades das pessoas e à evolução da sociedade.

Logo, a uniformização da jurisprudência permite a integração do sistema normativo e a aplicação homogênea do Direito, em observância aos princípios fundamentais da igualdade e da segurança jurídica, sendo pressuposto disso a força expansiva dos precedentes da Suprema Corte.

Title: The expansive force of the decisions of the Supreme Court and its link to the filing of complaint.

Abstract: In the present scenario, although the instrument of resolution of the Senate stated in the Article 52, section X of the Federal Constitution, confer erga omnes effect upon the decisions of the Supreme Court in the diffused judicial review, it does not mean that the expansive effect of the STF's decisions always depends on a role of the Senate. Consequently, the fact that other decisions of the Eminent Praetorium have ultra partes force does not induce necessarily the possibility of demanding compliance via Complaint, abandoning the Court's judicial re-

view function and reinforcing its role as a Constitutional Court.

Keywords: Expansive force. Precedents. Stare decisis. Constitutional complaint.

Referências

ALVES, Renato de Oliveira. A Reclamação constitucional no STF. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 20, v. 80, jul./set. 2012.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 920, jun. 2012.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Reflexões envolvendo nova hipótese de reclamação junto ao STF advinda da EC 45*. 2005. Disponível em: <<http://www.henriquemouta.com.br/textos.php?p=6&>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários. In: Encontro Preparatório do CONPEDI, 15, 2006, Recife. *Anais...* Recife: CONPEDI, 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

BRASIL. *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código do Processo Civil*. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2016.

BRASIL. *Lei 13.105/15, de 16 de março de 2015*. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 13 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 4335/AC*. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284335.PROC.%29&base=baseInformativo>>. Acesso em: 6 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 1880/SP*. Rel. Min. Maurício Correa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencialistarJurisprudencia.asp?s1=%28R-cl.+354%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qa2mwmv>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 354/DF*. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl.+354%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qa2mwmv>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

BRITO, Jaime Domingues; OLIVEIRA, Flávio Luis de. A convergência do sistema da *civil law* ao da *common law* e a concretização de direitos. *Revista Intertemas*, São Paulo, v. 13, p. 67-92, 2008.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

DIDIER JUNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. *Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973*. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reclamação no processo civil brasileiro. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2002. v. 6.

FERRAZ, Taís Schilling. Efeitos das decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade: comentários ao julgamento a Reclamação nº 4335/AC. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 41, n. 135, set. 2014.

GÓES, Gisele Sabtos Fernandes. Reclamação Constitucional. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações constitucionais*. 3 ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 401, ano 105, p. 259-302, jan./fev. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal. *Fórum Administrativo, Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 94-101, jun. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176518>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente judicial vinculante e sua força no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 85, p. 51-72, abr. 2010.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. O incidente de repercussão geral como instrumento de aplicação de precedente jurisdicional. Novas hipóteses de efeitos vinculantes e impeditivos de recurso em sede de controle incidental de constitucionalidade. *Revista de Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 19, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

VEIGA, Daniel Brajal. O caráter pedagógico da Reclamação constitucional e a valorização do precedente. *Revista de processo*, São Paulo, ano 38, v. 220, jun. 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – *civil law e common law*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, out. 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000.

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

SANTOS, Karen Kimie Taniguchi. A força expansiva das decisões do STF e sua vinculação ao ajuizamento de reclamação. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 481-532, 2016. Anual.

Submissão: 14/5/2016

Aceite: 7/10/2016

Ativismo judicial versus o princípio da separação dos poderes

Rodrigo Silva de Andrade

Analista do MPU/Apoio Jurídico/Direito, atualmente na Procuradoria da República no Município de Angra dos Reis/PRM-Angra/RJ - MPF. Pós-graduação lato sensu: especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá. Teólogo. Educador a distância e integrante do corpo de docentes da Escola Superior do Ministério Público da União/ESMPU, do corpo de docentes da Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e do corpo de docentes da Escola do Ministério Público Federal. Colunista e editor do Portal Jurídico Estudar o Direito (www.estudarodireito.com.br).

Resumo: O presente artigo busca demonstrar a importância do ativismo judicial e sua relação com o princípio da separação dos poderes. Verifica-se a importância do papel exercido pelo ativismo judicial na concretização do direito no Estado Democrático de Direito brasileiro, na relação entre os poderes, na efetividade do equilíbrio entre eles e nas convicções democráticas. Considerando-se o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais ocorridas no Brasil, em virtude de causas de naturezas variadas, acabou-se por levar questões de relevância política, social ou moral a serem discutidas primordialmente em sede judicial. A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro, que acabou desencadeando o ativismo judicial. Esse fenômeno jurídico pode ser entendido como uma posição, opção por uma forma específica e proativa de interpretar a Constituição, aumentando o seu sentido e alcance, mas trazendo consigo o questionamento sobre se o Judiciário estaria usurpando a função de legislar. Comumente, o ativismo se instala, e é o que tem ocorrido no Brasil em cenários de retração do Poder Legislativo, de certo afastamento entre a classe política e a sociedade civil, obstando que determinadas demandas sociais sejam supridas de maneira efetiva. O Supremo Tribunal Federal, com uma dinâmica atuação, vem se divorciando de um modelo meramente contemplativo para protagonizar firme defesa da efetividade e expansividade do texto magno. Assim, pode-se dizer que o ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins

constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Separação dos poderes. Supremo Tribunal Federal. Direitos fundamentais.

Sumário: Introdução. 1 Teoria da separação dos poderes. 1.1 Separação dos poderes na Constituição brasileira de 1988. 2 Jurisdição constitucional. 2.1 O Poder Judiciário brasileiro. 2.2 Perspectivas do Estado Democrático de Direito e da democracia. 2.3 Judicialização da política. 2.4 Atuação do Supremo Tribunal Federal (STF). 3 O ativismo judicial. 3.1 Origens e conceito. 3.2 O ativismo judicial no Brasil. 3.2.1 O ativismo judicial praticado pelo STF. 3.3 O ativismo judicial e sua relação com a separação dos poderes. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

O debate sobre se o ativismo judicial é uma imprescindibilidade no atual Estado Democrático brasileiro ou uma afronta ao princípio da separação dos poderes tem causado grande polêmica no cenário brasileiro. Se por um lado o Poder Legislativo não tem atendido as demandas sociais elencadas na Carta Maior, por outro, o Poder Judiciário não pode se omitir em questões levadas ao seu crivo, especialmente quando se trata da aplicação casuística de deveres normativos decorrentes de princípios constitucionais. Todavia, o Judiciário também deve evitar decisões extravagantes ou desarrazoadas que podem macular e, até mesmo, destruir o seu conceito perante a opinião pública.

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, de acordo com o previsto na Magna Carta de 1988,

possui a função precípua de guardião da Constituição. Assim, compete-lhe exercer, em última instância, o controle difuso de constitucionalidade e, exclusivamente, o controle concentrado de constitucionalidade dos atos dos demais poderes. A Constituição vigente veio a fortalecer o Supremo Tribunal Federal com a criação da ação direta de inconstitucionalidade e do mandado de injunção. Esses fatores, seguramente, ofereceram maior autonomia para a Suprema Corte interpretar as leis e atuar nos vazios jurídicos.

A adoção da postura ativa dos tribunais, que vem sendo observada nos últimos tempos, há de ser realizada de forma responsável e ponderada, prezando os fundamentos constitucionais e os valores atuais da sociedade.

Em relação aos poderes ou às funções do Estado, temos o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que prevê que o poder é uno e tem como único titular o povo. Segundo a lição de Motta Filho e Barchet (2007, p. 139) o que a Constituição fez, ao estatuir que “[...] são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988), foi constituir uma divisão de caráter funcional e orgânico em relação ao exercício das três funções estatais: a administrativa, a legislativa e a jurisdicional, cada uma dessas desempenhada com precipuidade, entretanto, sem exclusividade, por um dos poderes de nossa República, de acordo com o previsto em nosso texto constitucional.

A realização de interferência de um órgão sobre o outro, em face do princípio da separação dos poderes, apenas se permite para garantir direitos fundamentais, não possibilitando, assim, excessos e atentados contra a própria Constituição. Esses direitos fundamentais passaram a ocupar o centro de preocupação e proteção das constituições nos estados democráticos de direito e, nos dias de hoje, sua relação com a teoria da separação dos poderes e com a necessidade de mudança de paradigma fica explicitada nas palavras de Bonavides:

[...] ao tempo do velho Direito Constitucional – o da separação de poderes – a tensão transcorria menos no campo das relações dos cidadãos com o estado – a filosofia da burguesia liberal cristalizada na racionalidade jurídica dos Códigos já pacificara grandemente essas relações! – do que no domínio mais sensível e delicado das relações entre os Poderes, donde pendia, perante a força do Estado, e a desconfiança remanescente das épocas do absolutismo, a conservação da liberdade em toda a sua dimensão subjetiva. Nesse contexto avultava e se mantinha sempre debaixo de suspeita o Poder Executivo, sobretudo nas monarquias constitucionais, onde ficava mais ostensivamente sujeito aos freios e controle do sistema parlamentar (BONAVIDES, 2013, p. 622).

De acordo com a citação acima apresentada e reforçando a mudança do modo de se operar o princípio da separação dos poderes, leia-se também as palavras de Bonavides:

Já com o novo Direito Constitucional, a tensão translada-se, de maneira crítica e extremamente preocupante, para a nervosa esfera dos direitos fundamentais. A partir de então, a sociedade procura aperfeiçoar o sistema regulativo de aplicação desses direitos, em termos de um constitucionalismo assentado

sobre as incoercíveis expectativas da cidadania postulante (BONAVIDES, 2013, p. 622).

Assim, pelo entendimento apresentado por Bonavides, o Direito Constitucional, na época do Estado liberal, preocupava-se com a organização jurídica dos poderes e com a maneira de distribuir as suas competências, mantendo-se a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania (limites determinados). Por conseguinte, atualmente os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural elevada.

O ativismo judicial evidencia-se como uma realidade inseparável da sociedade contemporânea pós-moderna. A ocorrência da transformação do contexto histórico de Estado de Direito, a implementação gradual dos direitos fundamentais e a abertura de paradigmas constitucionais clássicos, a começar da filosofia pós-positivista e da força normativa da Constituição, externam algumas das causas que levaram a ampliação da atividade jurisdicional. Atividade que, quando referente à criação do Direito por parte do Judiciário, traz a questão se esse poder possui legitimidade para essa atividade, a qual incumbe não apenas ao Poder Legislativo. Objetiva-se assim, demonstrar que o Judiciário também possui legitimidade para tal atividade, acontecendo, desta forma, a politização do Direito. Esta evolução do Poder Judiciário, no que se refere à criação de Direito, materializa-se por meio de vias hermenêuticas interpretativas constitucionais. Isso acontece com o intuito precípua de levar à sociedade a concretização das garantias dos direitos individuais,

pelo menos em seu núcleo essencial. Cumpre-se, dessa maneira, o suprimento daquilo que a sociedade esperava obter do Poder Legislativo em sua função típica pois, do ponto de vista jurídico sociológico, o ativismo judicial resulta, grandemente, de uma crise de representatividade democrática que estabelece a necessidade de uma ação interventiva do Poder Judiciário com o objetivo de coibir os abusos e as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, e, assim, por em prática a constitucionalmente prevista justiça social.

Neste primeiro capítulo, faz-se uma abordagem geral do tema abordado neste artigo, demonstrando sua relevância na atualidade e, ainda, abordando pontualmente cada ponto dos capítulos.

No segundo capítulo, serão abordadas as origens e a evolução histórica do princípio da separação dos poderes e sua previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com observância à interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação dos outros dois poderes. Inclusive, também é abordado o fato de os Poderes Legislativo e Executivo acabarem sobrepondo as respectivas atividades, condenando a organização estatal e indicando a atual instabilidade das instituições representativas brasileiras, carecidas de uma ampla reforma política. Ainda veremos, neste capítulo, a construção jurídico-filosófica que determinou a divisão de competências como fundamento de um Estado Democrático de Direito, objetivando garantir uma

convivência pacífica e equilibrada entre os três poderes e as funções do Estado.

Após, no terceiro capítulo, expõem-se o conceito e os aspectos da jurisdição constitucional, sua importância para a sociedade nos dias atuais, sua estrutura e as funções precípuas do Poder Judiciário brasileiro de acordo com a CFRB/88.

Ainda no capítulo terceiro, serão abordadas as perspectivas do Estado de Direito e da democracia com suas implicações na hermenêutica e na atuação do Judiciário, contextos em que os novos direitos econômico-sociais exigem prestações concretas para serem satisfeitos. Para finalizar este capítulo, aborda-se o fenômeno da judicialização da política, na qual verificaremos similitudes e desavenças entre o Direito e a Política, temas que possuem estreita relação com o desenvolvimento e a legitimidade dos Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas.

Enfim, o quarto e último capítulo refere-se a um tema atual e complexo, o ativismo judicial, e sobre ele serão vistas as origens, o conceito e a ocorrência no Brasil, assim como a atuação destacada do Supremo Tribunal Federal neste sentido. Este Tribunal, guardião da Constituição que é, obrigado está a editar normas diante da inércia do poder público, pois não poderia deixar que a sociedade aguardasse, por um longo e abusivo período de tempo, uma ação do poder competente. Nesse diapasão, será abordada a atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto corte constitucional, dissertando-se sobre sua evolução histórica, estrutura, organização, competência e posição

ativista no judiciário pátrio. Será feita, inclusive, uma análise do controle realizado por essa Corte, investigando a evolução do seu posicionamento a partir de acórdãos proferidos, destacando-se a alteração jurisprudencial ocorrida em 2007 no julgamento dos Mandados de Injunção n° 670, n° 708 e n° 712, que versavam sobre o direito de greve dos servidores públicos, quando o Tribunal adotou a possibilidade de legislar, ainda que provisoriamente.

Por fim, diante da questão da relação de forças entre os poderes, para analisar se estamos encontrando uma situação de desarmonia ou se o panorama presente externa apenas a dinâmica comum do sistema de freios e contrapesos e a simples evolução democrática de uma sociedade essencialmente plural, procurar-se-á demonstrar, de maneira objetiva, observando os recursos metodológicos pertinentes, que o princípio da tripartição ou separação dos poderes vem sendo relativizado e que a crise da democracia representativa consolida o ativismo judicial como solução ou como medida paliativa da ineficiência da atuação do Poder Legislativo atual, especialmente quando se faz precisa a concretização de direitos fundamentais.

1 Teoria da separação dos poderes

A teoria da separação dos poderes constitui um dos princípios básicos nos Estados modernos, talvez o principal à manutenção do equilíbrio e da estabilidade institucionais.

Destaca-se a caracterização feita por Silva (2012, p. 108) em relação às três funções (típicas) exercidas pelos órgãos:

Função legislativa: consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis; função executiva: resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público; função jurisdicional: tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse (SILVA, 2012, p. 108).

Em relação ao conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação dos poderes, segundo Barroso (2013, p. 196), pode ser exposto nos seguintes termos: as funções estatais devem sofrer uma divisão e distribuição a órgãos distintos e é preciso existirem mecanismos para o controle recíproco entre eles, evitando a ocorrência de um potencial abuso por parte de um poder absoluto. A separação de poderes, verdadeiramente, é tida como um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, encontrando-se no início da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal, em análise sobre a possibilidade de controle judicial dos atos das Comissões Parlamentares de Inquérito, no Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, DJU em 12 maio de 2000, Relator Min. Celso de Mello, assinalou esse sentido básico da separação de poderes com a proibição da existência, no âmbito do Estado, de instâncias hegemônicas que não se encontrem sujeitas a controle.

Segundo Ramos (2010, p. 113), a separação dos poderes, como uma garantia das liberdades individuais, resulta no que se denomina sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), criado nos Estados Unidos da América, em que os órgãos são dotados de independência entre si e prerrogativas institucionais com a finalidade de inibir abusos por meio de mecanismos de controle recíprocos.

1.1 Separação dos poderes na Constituição brasileira de 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, estabelece que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O texto constitucional brasileiro assimilou esse novo arranjo no modelo tradicional de divisão dos poderes ao enfatizar que os órgãos legislativos, judiciais e executivos são “independentes e harmônicos entre si”.

Não obstante já ter estabelecido, no início da Carta Magna, tal princípio, a CRFB/88 o elenca como “princípio fundamental”, isto é, fundamento para a interpretação de outras normas da própria Constituição, pré-ordenando a construção e a organização do Estado brasileiro.

Cabe ressaltar que a CRFB/88 erigiu à categoria de cláusula pétrea a separação de poderes, conforme se observa no art. 60, § 4º, III.

Historicamente, desde a elaboração da primeira Constituição brasileira, em 1824, a tripartição de poderes já se fazia presente. Entretanto, adaptada por Benjamin Constant, com

introdução da figura singular do Poder Moderador, competindo a esse solucionar os conflitos ocorridos entre os demais poderes e manter o equilíbrio entre os mesmos. O Poder Moderador era tido como uma autoridade neutra das demais e era o Imperador quem o exercia. E somente com a Constituição republicana de 1891 foi que essa separação acabou e, por meio de seu artigo 15, estabeleceu apenas três poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Essa divisão permaneceu e permanece até hoje nas constituições seguintes.

Tanto a interatividade quanto o controle recíproco entre os poderes (*check and balances*) podem ser observados em vários preceitos constitucionais, como aqueles que autorizam a participação do chefe do Executivo na elaboração das leis, quer dando início ao seu processo de elaboração (CRFB/88, art. 61, § 1º), quer sancionando-as ou vetando-as (CRFB/88, art. 66).

Por outro lado, também se destacou o acerto de conceder extraordinariamente a um dado poder o exercício de funções atípicas que, em princípio, caberia a outro. Daí falar-se em funções típicas e atípicas, realidade que traduz uma divisão menos rígida e mais flexível das funções entre os distintos órgãos estatais. Assim, o Legislativo também administra e julga (arts. 51, IV, e 52, XIII da CRFB/88); o Executivo julga e legisla (arts. 62 e 68, §2º da CRFB/88) e o Judiciário legisla e administra (art. 96, I, a e f da CRFB/88).

Esses ensinamentos acima demonstram que o Estado necessita de um mínimo de autonomia organizacional e de

obediência aos mandamentos estruturantes de competências para exercer as suas funções.

Todavia, cabe ressaltar que a CRFB/88 estabelece o princípio da indelegabilidade de atribuições, que prevê que nenhum poder (órgão) poderá transferir função que lhe é típica ou expressamente prevista como atípica a outro.

A separação dos poderes no Brasil vem passando por questionamentos sobre a ingerência de um poder sobre o outro, principalmente no que diz respeito às respectivas funções típicas, afrontando, desta forma, o referido princípio. Todavia, contemporaneamente, as mudanças na sociedade ocorrem de forma muito acelerada em comparação com épocas passadas e as demandas sociais estão, cada vez mais, exigindo um Estado mais ativo na concretização de direitos e garantias previstos constitucionalmente.

Com cada poder preocupado, cada dia mais, mais com o exercício de funções atípicas do que com as típicas, acaba ocorrendo morosidade e até abstenção no dever de obediência às suas atribuições constitucionalmente estabelecidas. Observa-se um Legislativo muito preocupado com a instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito; o Executivo, de acordo com o Instituto de Estudos Socioeconômicos – INESC, apresentado por Sardinha, Costa (2007), ultimamente tem sido o que mais teve leis sancionadas como de sua autoria, como exemplo, no ano de 2006, de cada dez leis sancionadas sete foram desse poder. E, ainda, o Judiciário, que passou a legislar emitindo julgados

com a finalidade de suprir vácuos normativos existentes em determinados direitos previstos.

Portanto, o princípio da separação das funções estatais, como estabelecido pela nossa Constituição, não pode ser visto na sua feição clássica e tradicional. As tarefas previstas na Carta Magna para serem desempenhadas por cada poder do Estado exigem o redimensionamento da visão comumente difundida por esse princípio, a fim de que as funções exercidas tenham o alcance de serem independentes, equilibradas e harmônicas entre si.

Vale ressaltar que, por meio da separação/tripartição dos poderes, a jurisdição constitucional ganhou força, e que pelo ente chamado de Tribunal Constitucional (Poder Judiciário), o qual tem como fórmula a busca pelo equilíbrio entre os demais poderes, realiza-se a guarda da carta constitucional.

2 Jurisdição constitucional

A jurisdição é indispensável para composição e fortalecimento do Estado de Direito, visto que contribui para o respeito às leis positivadas. Ao mesmo tempo em que se alcança a efetividade das normas estabelecidas, fortalecendo o Estado, estabelece-se a concretização de direitos quando devidamente exercida pelo Judiciário. De acordo com Lenza (2013, p. 629, grifo do autor): “[...] a jurisdição no Brasil é *una* (ou seja, a definitividade só é dada pelo judiciário) e *indivisível*, exercida pelo Judiciário nacionalmente (um só poder, materializado

por diversos órgãos, federais e estaduais)”. Uma definição de jurisdição é dada por Didier Júnior (2009, p. 67):

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/ protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 67).

Após essa breve exposição do conceito de jurisdição, é interessante ressaltar que do princípio da supremacia da Constituição, presente no Estado Democrático de Direito, emana a necessidade de elaboração de mecanismos de proteção da Lei Maior, entre eles figura o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, por meio de uma jurisdição constitucional.

2.1 O Poder Judiciário brasileiro

O Poder Judiciário desempenha, como papel típico e principal, a função jurisdicional, dirimindo com força definitiva todos os conflitos submetidos ao seu exame. Faz isso por meio de aplicação do direito objetivo às lides que chegam ao seu conhecimento, cooperando, assim, para a pacificação e estabilidade das relações sociais.

Importante papel tem o Poder Judiciário, em conjunto com a sociedade, como mecanismo de concretização das normas constitucionais. De acordo com o entendimento de Lenza (2013, p. 71), as novas perspectivas do Judiciário em relação à utilização das técnicas do mandado de injunção e da ação direta

de inconstitucionalidade por omissão (no que se refere às normas programáticas) vêm consagrar a importante figura, que será estudada mais à frente, do ativismo judicial.

No que se refere à hermenêutica constitucional, o Judiciário, sob a ótica do neoconstitucionalismo, tem objetivado concretizar os direitos previstos na Carta Magna. Cabe ressaltar o conceito deste método de interpretação adotado pelo nosso Judiciário, assim, Écio Oto Ramos Duarte (2000 apud LENZA, 2013, p. 71) define o neoconstitucionalismo: “[...] partindo de uma nova visão da Constituição, buscando dar a ela sentido e, assim, superando o seu caráter meramente retórico, encontrando mecanismos para a real e efetiva concretização de seus preceitos”.

A importância de um Poder Judiciário independente para a garantia de um Estado Democrático de Direito pode ser facilmente verificada pelo exame de inúmeros dispositivos da Constituição, como dos artigos 93 e 95 da Constituição e da expressa garantia de autonomia administrativa e financeira desse Poder (art. 99 da CRFB/88).

Dessa forma, foram atribuídas garantias ao Judiciário, reservando-lhe importantíssimo papel no cenário da tripartição de poderes e assegurando a independência desse órgão, que pode decidir livremente, sem se persuadir por qualquer tipo de pressão que venha dos outros poderes. De acordo com Silva (2012, p. 502), as garantias se dividem em: institucionais, que visam proteger o Judiciário como um todo, como instituição (essa garantia subdivide-se, ainda, em garantias de autonomia orgânico-

-administrativa e garantias de autonomia financeira); e funcionais ou de órgãos. Essas objetivam assegurar a independência (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) e a imparcialidade dos membros pertencentes ao Poder Judiciário, assim como as vedações, previstas tanto em razão do próprio titular como em favor da própria instituição, como exemplo cita-se a vedação de receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processos, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

O Judiciário, com a promulgação da CRFB/88, aumentou sua área de jurisdição, pois passou a ser provocado com mais frequência a julgar questões referentes às políticas públicas e aos atos legislativos. Isso ocorreu em razão, principalmente, das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, dos posicionamentos ilegais, da inobservância de metas constitucionais, bem como dos deveres e dos direitos estipulados pela Constituição que, muitas das vezes, requerem que se saia da abstração e caminhe para a devida concretização.

Por conseguinte, o Judiciário brasileiro tem adquirido função de poder político. Frequentemente, assuntos polêmicos e desafiantes têm sido discutidos no STF, consequência da legitimação da nova postura do Judiciário. Dessa maneira, questões cada vez mais complexas estão sendo sujeitas a sua apreciação, como fidelidade partidária, pesquisas com células-

tronco embrionárias, direito de greve dos servidores públicos, dentre outras de repercussão nacional e internacional.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição cidadã, quando versa sobre os direitos fundamentais da pessoa humana, dispõe que a cidadania e a dignidade das pessoas estão entre os principais valores a serem protegidos em um Estado Democrático de Direito.

As demandas de um Estado Social Democrático acabaram por trazer para a sociedade brasileira uma conscientização da necessidade do exercício da cidadania, despertando o interesse pelas questões da nação. O Estado necessita garantir a possibilidade da efetivação dos princípios democráticos previstos na Constituição. Assim, o Judiciário, com uma postura de intérprete, adotando um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, maximizando o significado e alcance de suas normas, indo além do legislador ordinário, acaba praticando o chamado ativismo judicial.

Atualmente, a posição do juiz normativista, decidindo apenas amparado na vontade do legislador, na literal interpretação das leis, o chamado juiz “boca de lei”, não mais satisfaz o cidadão do Estado Democrático de Direito (assunto a ser tratado no próximo capítulo), que deseja familiarizar-se com a lei, entender o julgamento do juiz, compreender o que ele fala e, primordialmente, avistar a justiça real nas decisões judiciais.

2.2 Perspectivas do Estado Democrático de Direito e da democracia

O Estado de Direito, em seu início, era um conceito tipicamente liberal, daí falava-se em Estado Liberal de Direito, cujas características principais eram: submissão ao império da lei, divisão de poderes e enunciado e garantia dos direitos individuais. A compreensão liberal do Estado de Direito serviu de apoio aos direitos do homem, transformando os súditos em cidadãos livres. Entretanto, ela se tornou insuficiente, necessitando evoluir com a adição de conteúdo novo chamado Estado Social de Direito, pois, de acordo com Silva (2003, p. 115) o Estado liberal com o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo resultou em grandes injustiças. Assim, os movimentos sociais acabaram revelando a insuficiência das liberdades burguesas e a necessidade da justiça social. Em relação à finalidade do Estado democrático de Direito, Martins, Mendes e Nascimento (2012, p. 1125, grifo do autor) esclarecem o seguinte: “O Estado Democrático de Direito existe para *promover o bem comum*, que são as condições necessárias para que cada pessoa integrante da sociedade politicamente organizada possa atingir os seus fins existenciais lícitos”.

Conforme lição de Santos, Balestrin (2011, p. 464-465), após a criação das Constituições Dirigentes, ocorreu uma enorme tensão de poderes entre as três esferas políticas. Dessa forma, surgiu o *check and balances*, sistema em que a jurisdição constitucional entrega à Corte Constitucional a tarefa de regular

os demais poderes. Essa regulação é realizada por intermédio do controle de constitucionalidade e dos atos administrativos, nominada pelos americanos de *review of legislation*, assim sendo, junto à Democracia Substantiva, faz surgir o ativismo judicial, assunto em voga neste artigo.

A nossa Constituição, ao qualificar o Estado como democrático, propaga os valores da democracia por todos os elementos constitutivos do Estado, inclusive, sobre a ordem jurídica. O Direito, desta forma, no entendimento de Silva (2003, p. 119), fica imantado por esses valores, enriquecendo-se dos anseios populares e terá a necessidade de ajustar-se ao interesse da coletividade.

Em uma sociedade que ainda não compreendeu as normas centrais do Estado Democrático de Direito em sua plenitude, o grande desafio é internalizar o juízo da censura ao espírito dos operadores jurídicos, o que, de um lado, abarca uma atuação negativa, baseando-se em limpar o sistema de toda norma inconstitucional e de outro, uma atuação positiva, ou melhor, ativista propensa a suprir as omissões inconstitucionais da ordem jurídico-positiva.

Desta maneira, evidencia-se o Judiciário exercendo um papel criativo naquilo que diz respeito à efetivação das políticas públicas, muito relacionado ao fenômeno da judicialização da política, assunto que será abordado no próximo tópico.

2.3 Judicialização da política

A origem do termo *judicialização da política* pode ser verificado na obra *The Global Expansion of Judicial Power*, na qual seus autores, Tate e T. Vallinder (1995, p. 13) o conceituaram como: “[...] a intromissão dos procedimentos judiciais e das cortes nas arenas políticas, local em que, anteriormente, não residiam.” Dissertaram, ainda, sobre as condições para ocorrência desse fenômeno de expansão do Poder Judiciário, que, para eles, advêm da relação inevitável estabelecida entre o Direito e a Política.

O Poder Judiciário, no Brasil, passou por uma virtuosa ascensão institucional, desempenhando um papel político juntamente com o Legislativo e o Executivo. Essa circunstância conduziu para uma grande mudança na relação da sociedade com as instituições jurídicas, determinando reformas estruturais e levantando questões complexas com relação à abrangência dos poderes do Estado. Especialmente, se esta atuação política não estaria afrontando, inclusive, o princípio da separação dos poderes.

Como primeira das causas do fenômeno da judicialização da política, pode-se citar o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente como componente imprescindível para as democracias contemporâneas. A segunda causa revela-se pelo certo desapontamento com a política majoritária, em virtude da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos de um modo geral. Uma terceira causa a ser pontuada, encontra-se nos atores políticos que, habitualmente, preferem que o

Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, principalmente o Supremo Tribunal Federal.

Barroso (2013, p. 410) expõe alguns fatores que levaram a este fenômeno:

Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final (BARROSO, 2013, p. 410).

Esse autor enumera, ainda, alguns dos temas e casos que foram levados recentemente à apreciação do Supremo Tribunal Federal: a) políticas públicas – assuntos relativos à Reforma da Previdência e à Reforma do Judiciário; b) relações entre poderes – atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito e a atuação do Ministério Público no que se refere à investigação criminal; c) direitos fundamentais: pesquisas em células-tronco embrionárias; d) questões do dia a dia das pessoas: reajustes de planos de saúde e transporte coletivo.

Analisando os exemplos acima expostos, percebe-se que, diferentemente dos métodos de atuação e de argumentação que são jurídicos, a natureza da função do STF é política. Entretanto, a separação entre Direito e Política tem sido observada como fundamental no Estado Democrático de Direito. Para Barroso (2013, p. 418), “Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora

o primado da lei (*the rule of Law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão”.

Verifica-se, principalmente em relação à implementação das políticas públicas, a melhor exemplificação da ocorrência da judicialização da política com a expansão dos procedimentos e da influência do Poder Judiciário em áreas que anteriormente se destinavam ao Executivo e ao Legislativo.

Entre outros fatores que contribuíram para a judicialização da política, citam-se as mudanças que levaram a ampliação do acesso à justiça e as alterações para a adequação do sistema judicial, como as ações coletivas e os meios alternativos de soluções de conflitos.

Judicialização refere-se à ocorrência de situação em que questões importantes para a sociedade, do ponto de vista político, social ou moral, estão sendo resolvidas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Compreende-se, portanto, que acaba ocorrendo uma transferência de poder para as instituições judiciais, em prejuízo das alçadas políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Para Martins, Mendes e Nascimento (2012, p. 3266): “ocasiona a emergência do Judiciário com um novo status, oferecendo-se este na categoria de novo polo produtor da norma jurídica, sempre com a meta de preservar e concretizar democracia plasmada na Constituição”.

Observa-se, sobretudo após a Segunda Guerra mundial, o processo de estruturação de um constitucionalismo democrático, em que, na maioria dos países ocidentais, levou a justiça

constitucional a progredir sobre a área da política majoritária. Isso acontece, principalmente, em relação às atuações bem ativas das Cortes Constitucionais nos mais variados assuntos que ganharam proteção na Carta Magna. Essa participação decisiva da Corte Suprema nos rumos da sociedade, especialmente, demonstrando a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, é bem analisada nos ensinamentos de Barroso:

[...] o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume. Circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais. Não exatamente em uma seção sobre juízes e tribunais – que a maioria dos jornais não tem, embora seja uma boa idéia –, mas nas seções de política, economia, ciências, polícia (BARROSO, 2009a, p. 2).

Inclusive, em relação às causas do fenômeno da judicialização, o autor ainda informa que elas são múltiplas, umas sendo a expressão de uma tendência mundial e outras relacionadas ao modelo institucional brasileiro. Estas últimas são exemplificadas por Barroso (2009a, p. 3) em três causas: a primeira grande causa foi a redemocratização vivida pelo país, principalmente com a promulgação da Constituição de 1988; a segunda foi a constitucionalização abrangente, já vista anteriormente; e a terceira e derradeira causa da judicialização é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais amplos do mundo.

Após a visualização do cenário do fenômeno da judicialização da política traçado anteriormente, percebe-se que praticamente qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF. Então, no próximo ponto do trabalho, faz-se necessária uma abordagem mais detalhada da atuação de nossa Suprema Corte.

2.4 Atuação do Supremo Tribunal Federal (STF)

A Constituição de 1988 conferiu ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, a incumbência precípua de guardião da Constituição. A principal via de atuação do Supremo Tribunal Federal é por meio do controle de constitucionalidade. Conseqüentemente, compete-lhe desempenhar, em última instância, o controle difuso de constitucionalidade e, exclusivamente, o controle concentrado de constitucionalidade dos atos dos demais poderes.

Após a Emenda Constitucional 45/2004, o STF dispõe, também, do poder de editar súmulas vinculantes com a finalidade de aferir a validade, a interpretação e a eficácia de norma determinada, sobre a qual paire controvérsia entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública, de acordo com o artigo 103-A, § 1º, da CRFB/88.

Com o intuito de evitar a reiteração de feitos ao STF, sob a forma de recurso extraordinário, o que acabaria por privá-lo de exercer sua atividade específica, estabeleceu-se, no artigo 102, § 2º, da CRFB/88, que, no recurso extraordinário, o recorrente

deve demonstrar a *repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso.

A postura do STF em relação à sua forma de se posicionar e atuar frente às determinações constitucionais é bem observada nos ensinamentos de Martins, Mendes e Nascimento (2012, p. 3564), que dispõem o seguinte:

A atual composição do STF bem compreendeu que o Tribunal deve ser outro após a Constituição de 1988, pois a opção por um paradigma principiológico reclama um protagonismo singular de parte dos órgãos judiciais. A Corte se inclina para o reconhecimento de que há uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição, tanto que não é insólito convocar audiências públicas e prestigiar a instituição do *amicus curiae* em casos polêmicos, dos quais a sociedade já se inteirou e pretende manifestar sua posição (MARTINS; MENDES; NASCIMENTO, 2012, p. 3564).

O STF, provido de jurisdição constitucional, está responsável pela defesa, realização e efetivação da Constituição, por meio da interpretação e da aplicação de normas constitucionais. Para isso, Hesse (1998, p. 423) estabelece os seguintes parâmetros:

[...] manutenção da unidade política, ao julgar os conflitos de competência entre as diversas esferas políticas estatais, promovendo a defesa da Constituição. Na apreciação das tarefas da Jurisdição constitucional destaca a tutela dos direitos fundamentais como atributo de sua essencialidade (HESSE, 1998, p. 423).

Os atos ou decisões políticas não possuem imunidade se eles atingem ou ameaçam direitos individuais, assim é o entendimento

da Suprema Corte. Destaca-se o momento da chegada da doutrina das questões políticas ao Supremo Tribunal Federal, segundo as palavras de Mendes e Branco (2012, p. 1247):

A doutrina das questões políticas chegou ao Supremo Tribunal Federal com o famoso e polêmico julgamento do HC 300, impetrado por Rui Barbosa em 18 de abril de 1892. Em sua petição inicial, Rui Barbosa defendeu, amparado na doutrina norte-americana da *political questions*, criada por influência da decisão do *Justice Marshall* no célebre caso *Marbury vs. Madison*, [...] (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1247).

Ainda sobre esse caso da justiça americana, discorre Rodrigues (2002 apud MENDES; BRANCO, 2012, p. 1247) que se, por um lado, os casos tocam interesses políticos, por outro, abarcam direitos individuais, não sendo imunes à intervenção dos tribunais, esteio da liberdade individual contra as invasões do Executivo. Complementa Rodrigues (2002): “onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça”.

A abstenção de uma atuação do STF, em questões políticas, não se justifica pela simples afirmação de que tal questão é meramente política ou jurídica, tendo em vista tamanha a dificuldade de se estabelecer essa divisão. Mendes e Branco (2012, p. 1247–1251) a esse respeito:

Apesar de que, muitas vezes, é tarefa demasiado complicada precisar os limites que separam uma questão política de outra de natureza jurídica ou não política, tal fato não deve servir de subterfúgio para que o Poder Judiciário se abstenha do

cumprimento de seu dever constitucional na defesa dos direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1251).

Ponto relevante é a pretensão de se conseguir a autonomia do Judiciário e do Direito em relação à Política; pois, a atuação do Judiciário não se reserva apenas a resolver conflitos entre particulares, mas a sua competência, prevista constitucionalmente, engloba os litígios em geral. Pode-se citar, por exemplo, quando ocorrem disputas que envolvem a legitimidade de atos estatais ou quando as partes são outros órgãos de poder. Barroso (2013, p. 421) cita como exemplos dessas situações quando o STF declara que a cobrança de um tributo é inconstitucional, quando determina a suspensão de uma obra pública para preservação ambiental ou quando estabelece que seja realizado um tratamento experimental em paciente que fez tal solicitação em juízo. Assim, para Barroso (2013, p. 421): “Nesses casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construir estradas ou definir as políticas de saúde”. Verifica-se, então, que o Supremo Tribunal Federal goza de uma posição de superioridade na definição do sentido e do alcance da Constituição e das leis, pois, em virtude de ser dele a função de dar a decisão final, vinculando os demais órgãos do poder (Legislativo e Executivo), esta *supremacia judicial* configura, de certo modo, exercício de poder político.

Assim, para a atuação judicial ficar imune à influência inadequada da política, procura-se utilizar dois fortes instrumentos:

as garantias previstas ao Judiciário, como a sua independência em relação aos órgãos políticos governamentais, e o apoio a sua atuação vinculada ao direito previsto na Constituição e nas leis. A esse respeito Barroso (2013, p. 421) esclarece:

Órgãos judiciais, ensina o conhecimento convencional, não exercem vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte ou pelo legislador. A atividade de interpretar e aplicar normas jurídicas é regida por um conjunto de princípios, regras, convenções, conceitos e práticas que dão especificidade à ciência do direito ou dogmática jurídica. Este, portanto, o discurso padrão: juízes são independentes da política e limitam-se a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica (BARROSO, 2013, p. 421).

Dessa forma, a atuação do Judiciário, por meio de seus juízes e tribunais, é exercida de acordo com a Constituição e as leis, não cabendo a eles criar o direito sem embasamento algum. Barroso (2013, p. 422) ensina, inclusive, que: “Ainda quando desempenhem uma função criativa do direito para o caso concreto, deverão fazê-lo à luz dos valores compartilhados pela comunidade a cada tempo”. Essa atuação criativa do STF acaba por ser questionada em relação à afronta ao princípio da separação dos poderes, em que a questão da prática ou não de um ativismo judicial excessivo se tornou um assunto muito relevante nos dias atuais. Assim, será mais bem estudado, neste próximo capítulo do artigo, o fenômeno chamado ativismo judicial.

3 O ativismo judicial

O ativismo judicial tem sido observado com certa preocupação por estudiosos do Direito e pela sociedade como uma provável ameaça à democracia, principalmente, quando confrontado com o princípio da separação dos poderes. Esse princípio é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que a Constituição Federal consagrou como cláusula pétreia. Entretanto, a omissão dos demais poderes no exercício de suas principais atribuições e a demanda pela concretização dos direitos previstos constitucionalmente acabam suscitando uma presença mais ativa do Poder Judiciário, criando, assim, uma celeuma em relação a este tema.

3.1 Origens e conceito

A expressão ativismo judicial foi cunhada nos Estados Unidos, de acordo com Kmiec (2004 apud BARROSO, 2012, p. 1024) e empregada pela primeira vez em 1947 em um artigo da Revista *Fortune* pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., comentando as linhas de atuação da Suprema Corte americana na época do *New Deal*. Essas linhas de atuação eram duas: uma com a liderança dos juízes Douglas e Black, que compreendiam ser possível que a Suprema Corte pudesse realizar a efetivação de políticas públicas com o fim de promover o bem-estar social, tendo por esteio as concepções políticas dos juízes. Essa é a linha identificada na prática do ativismo judicial. A outra linha de atuação, liderada por Jackson e Frankfurter, entendia que

caberia apenas uma postura de autocontenção judicial, colocando as políticas públicas sob responsabilidade dos poderes investidos por critério eletivo. O historiador Schlesinger conseguiu detectar imediatamente a maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento de sua cientificidade. A respeito desse período, Barroso (2012, p. 1024) expõe o seguinte:

Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial (BARROSO, 2012, p. 1024).

No Brasil, tal fenômeno é mais recente e a atenção da doutrina brasileira com a elaboração dos primeiros textos começou depois da Constituição de 1988. Atualmente, já há diversos precedentes de postura ativista do Judiciário expressas por diferentes linhas de decisão.

O conceito da expressão *ativismo judicial* é bem demonstrado por Santos e Balestrin (2011, p. 473):

Ativismo Judicial apresenta-se como uma teoria nascida juntamente com o Estado Democrático de Direito e os Tribunais Constitucionais, onde o Poder Judiciário por meio de suas decisões passa a criar direito, tornando-se um poder de grande aceitabilidade social, sendo que foi legitimado pelo Poder Constituinte Originário, e deteve a bênção de se tornar o Guardião das Constituições, onde não passa a ser tratado como mera boca da lei.

Por isso as suas decisões têm cunho com alta carga política, que afetam por vezes políticas públicas ou também as esferas públicas (SANTOS; BALESTRIN, 2011, p. 473).

Nessa definição, observa-se a relação intrínseca entre o ativismo judicial, o Estado Democrático de Direito e os Tribunais Constitucionais, em que a Constituição prescreve a linha de atuação do Judiciário, garantindo a ele a possibilidade de não apenas exercer uma jurisdição mecânica, mas de potencializar o seu alcance de forma criativa.

Barroso (2012, p. 1024) por sua vez, define:

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios (BARROSO, 2012, p. 1024).

Em outra obra, Barroso (2012, p. 6) também acrescenta que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 6).

Em suas definições, Barroso entende que o Judiciário, por meio do ativismo judicial, exerce uma maior atividade

jurisdicional em prol da concretização dos fins constitucionais, atuando, inclusive, em esfera reservada inicialmente aos outros poderes, que, por inércia, acabam criando vácuos normativos. E, ainda, protegendo a Constituição da atuação dos outros poderes (Legislativo e Executivo) quando há prática de atos que atentam contra os preceitos constitucionais.

Cardoso (2011) preceitua também desta forma:

O ativismo judicial (ou a judicialização da política) pode ser resumido na atitude dos juízes de interpretar as normas jurídicas sem se limitar às restrições formais e objetivas, e levando em conta que a aplicação das leis é variável, no tempo e em cada caso concreto. Isso pode causar a extensão de direitos não expressamente previstos em lei ou na Constituição, motivo pelo qual se afirma que essa postura judicial importa na “criação” de direitos, a partir de uma interpretação ampliativa de normas escritas, ou com fundamento em princípios jurídicos genéricos (igualdade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, etc.) (CARDOSO, 2011, p. 1024).

Essa definição trazida por Cardoso tem um caráter bem pós-positivista, em que a utilização de princípios se faz necessária, tendo em vista a variedade de situações que acabam sendo trazidas à apreciação do Poder Judiciário, e que, muitas das vezes, ainda não foram positivamente expressas, mas requerem do Judiciário não abster-se de dizer o direito. Para isso, valer-se-á o juiz dos princípios gerais do Direito.

Essas definições apresentadas acabam por evidenciar o teor positivo da prática de um ativismo jurídico exercido dentro da previsão constitucional. Esse teor positivo baseia-se no Judiciário, quando demandado, procurando suprir, em suas decisões, as omissões apresentadas na atuação deficiente dos outros poderes, que ficam especialmente envolvidos com questões que não aquelas precipuamente previstas na Constituição como suas.

O ativismo judicial é distinto de judicialização da política, assunto abordado anteriormente. Para esclarecer essa dessemelhança, Barroso (2009a, p. 6) aponta as seguintes diferenças entre eles:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...]

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (BARROSO, 2009a, p. 6).

A diferenciação restou caracterizada pelo fato de que, na judicialização, o Judiciário é obrigado a agir e no ativismo judicial há a opção por expandir a potencialidade da norma da Constituição.

O ativismo judicial possui dois eixos, o procedimentalista e o substancialista. O primeiro entende que o Direito não deve

invadir o campo político e, de acordo com Santos e Balestrin (2011, p. 474-476):

[...] este só vem a gerar problemas, sendo assim, estabelece-se o direito dos preceitos de justiça, liberdade e igualdade.

[...]

Nesta teoria o Poder Judiciário é visto como mero fiscalizador da lei, voltando-se ao Estado Clássico de Direito, fundado em um “governo das leis”, onde nenhum dos poderes pode intervir diante da esfera do outro (BALESTRIN, 2011, p. 474-476).

Daí entende-se que a posição adotada pelos procedimentalistas acaba por se ater a um rigor excessivo junto ao princípio da legalidade, em que, ao Legislativo cabe, somente, criar as leis, sendo o melhor representante da sociedade democrática. Já quanto ao Judiciário, o juiz deve ser sobremaneira racional, sendo mero aplicador das leis, silenciando-se em relação às ações dos demais poderes. Contudo, o segundo eixo, o substancialista, compreende que ao Judiciário é permitido criar o Direito com decisões criativas. Santos e Balestrini (2011, p. 477) assim discorrem sobre o ativismo substancialista:

Portanto, o Ativismo Judicial Substancialista admite a invasão da política no direito, contrariamente a que afirma os Procedimentalistas. Sendo assim, os Juízes devem aplicar a Constituição de forma dinâmica, por meios de argumentos políticos, tratados estes como questões de princípios de moral e de política (SANTOS; BALESTRINI, 2011, p. 477).

Assim, esse posicionamento entende que ao Poder Judiciário é permitido aplicar decisões judiciais com forte cunho político, objetivando resguardar os direitos fundamentais.

3.2 O ativismo judicial no Brasil

No Brasil, o ativismo judicial só ganhou expressão a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988. Ocorreu uma constitucionalização de diversos assuntos e uma judicialização da política. O contexto sociopolítico do Brasil, somado a uma Constituição dirigente eivada de valores, autoriza a reestruturação do papel do Judiciário, com a consequente judicialização da política, relacionada inicialmente ao Legislativo ou ao Executivo, em favor da garantia dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

O nosso constituinte estabeleceu um modelo de constituição analítica, com muitos conceitos abertos e também ecléticos, pois abordou em seu texto os mais variados assuntos. Essas características da Constituição acabam fazendo com que o Poder Judiciário seja solicitado para dar sentido a essas normas com enunciados abertos. Acrescentam-se a isso casos em que é preciso garantir direitos fundamentais que não possuem previsão legal para lhes fornecer a regulamentação devida. Dessa maneira, o Judiciário preenche as lacunas deixadas pelo legislador ordinário, acarretando, assim, uma atuação de feição política e criativa no caso concreto.

O ativismo acaba por ser um modo de se expandir o sentido e o alcance da Constituição. Barroso (2012, p. 1028) explica o porquê da ocorrência e instalação desse fenômeno no Brasil: “[...] em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

O cenário exposto acima por Barroso tem gerado, cada vez mais, o acionamento do Judiciário para suprir essa omissão inconstitucional.

A falta de políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais gera omissão inconstitucional suscetível a controle judicial. Para Martins, Mendes e Nascimento (2012, p. 234):

Este controle pode ser acionado em sede de ação civil pública, ação popular, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas dignitate* ou exercício do direito de ação, demandando do magistrado a coragem necessária à proteção e à efetivação das políticas públicas de proteção aos direitos fundamentais (MARTINS; MENDES; NASCIMENTO, 2012, p. 234).

A tão verificada omissão inconstitucional impõe ao Poder Judiciário a obrigação de condenar o poder omisso em obrigação de fazer. Tratando-se de omissão executiva, atua como *administrador positivo*; tratando-se de omissão legislativa, a partir do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão.

Entretanto, a utilização do ativismo judicial por parte do Judiciário há de ser realizada de maneira cautelosa. Nas palavras de Barroso (2008, p. 19), “[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”.

Na conjuntura da sociedade brasileira, em que existe uma atuação deficiente dos Poderes Executivo e Legislativo, responsáveis pela implementação e concretização de direitos constitucionalmente previstos, destaca-se a posição *ativista* adotada pelo Supremo Tribunal Federal na busca por suprir as carências que lhe são trazidas à apreciação. Assim, abordar-se-á especificamente essa atuação no tópico a seguir.

3.2.1 O ativismo judicial praticado pelo STF

O Supremo Tribunal Federal é o precursor do ativismo judicial no Brasil, sendo acompanhado pelos demais órgãos de cúpula do Poder Judiciário. O STF tem ocupado uma posição de destaque no cenário nacional, tendo em vista a incumbência central que envolve a tomada de decisões sobre as mais variadas questões relacionadas às políticas públicas, refletidas na vida cotidiana da sociedade.

O papel destacado desempenhado pelo STF também foi abordado por Barroso (2009a, p. 1):

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira.

[...] A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa. O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade (BARROSO, 2009a, p. 1).

Alguns fatores justificam essa postura mais ativista do STF, como os citados por Puccinelli Júnior (2012, p. 156):

A linguagem e a abertura do texto constitucional, permeado por princípios e termos vagos e polissêmicos, reforçam a necessidade de substituir o paradigma conservador por uma postura hermenêutica que agregue racionalidade à atuação dos intérpretes, numa linha evolucionar verdadeira guardiã e obsequiosa da supremacia constitucional (PUCCINELLI JUNIOR, 2012, p. 156).

A nova postura hermenêutica adotada pelo STF justifica-se por ser a norma constitucional o alicerce de validade último de todas as outras normas do sistema jurídico (inicialmente fundante). Nas palavras de Puccinelli Júnior (2012, p. 156), a Constituição necessita de: “tratamento interpretativo mais apurado, já que a identificação do sentido e alcance de uma de suas normas pode implicar o afastamento de um preceito infraconstitucional incompatível com esse novo significado”.

A postura do STF como intérprete final da Constituição tem que objetivar extrair o máximo das potencialidades que a

Magna Carta procura resguardar, especialmente naquilo que se refere à dignidade da pessoa humana, princípio alçado à posição de destaque nas constituições democráticas após, principalmente, a Segunda Guerra Mundial. Em relação à postura adotada pelo STF, Puccinelli Júnior (2012, p. 156) estabelece:

Nesse contexto, digna dos elogios mais fervorosos é a dinâmica atuação do STF, que, como intérprete final da Constituição brasileira, vem se divorciando de um modelo meramente contemplativo para protagonizar firme defesa da efetividade e expansividade do texto magno (ativismo judicial), de modo a pautar discussões de há muito pendentes e rever soluções insatisfatórias conferidas a institutos constitucionais num passado recente, como exemplificam os casos de liberação de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias e redefinição dos efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção (PUCCINELLI JUNIOR, 2012, p. 156).

A mudança dos efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção, como mencionado no texto acima, foi uma verdadeira inovação da jurisprudência anterior, que dava interpretação restritiva ao mandado de injunção. Anteriormente, o STF se limitava a declarar a existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Entretanto, com a mudança de sua postura, passou a adotar uma sentença com perfil normativo e substitutivo, impondo conteúdo normativo integrativo ao realizar a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.

Nesse mesmo entendimento, as palavras de Medeiros (1999, p. 493):

A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito. O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas (MENDEIROS, 1999, p. 493).

Outro fator que contribui para a ocorrência do ativismo judicial na Suprema Corte, é o fato de os outros poderes deixarem a cargo do Judiciário a palavra final em certas questões polêmicas com o intuito de evitar o próprio desgaste na deliberação desses temas. Nesse sentido, Vieira, Camargo e Silva (2009, p. 44):

Em casos politicamente custosos, os poderes Legislativo e Executivo podem, de um modo estratégico, por meio de uma inércia deliberada, abrir um espaço para a atuação ativista dos tribunais. Temas profundamente controvertidos, sem perspectiva de consenso na sociedade, tais como a abertura dos arquivos da ditadura militar, uniões homoafetivas, aborto, entre outros, têm os seus custos políticos estrategicamente repassados para os tribunais, cujos integrantes não precisam passar pelo crivo do voto popular após suas decisões (VIEIRA; CAMARGO; SILVA, 2009, p. 44).

A importância de se estabelecer um Judiciário forte e independente acarretou a ascensão institucional dos tribunais e juízes. Ao mesmo tempo, a frustração com a política majoritária, quer pela crise de representatividade, quer pela deficiência do Congresso em relação à sua operacionalidade, igualmente concorreu para essa “crise” da separação dos poderes.

3.3 O ativismo judicial e sua relação com a separação dos poderes

A relação entre os poderes encontra-se em voga muito em virtude das atividades atípicas realizadas por cada um deles, como podemos verificar na lição de Ramos (2010, p. 30):

Em manifestação veiculada por prestigioso órgão de imprensa, o Presidente do Senado e do Congresso Nacional expressou o desconforto institucional do Poder Legislativo brasileiro diante de práticas adotadas pelos outros Poderes que lhe ameaçam a primazia no desempenho de uma de suas funções primordiais, a de legislar. De fato, não se ignora que o Congresso se encontra pressionado, de um lado pelo Poder Executivo, mercê da edição desenfreada de medidas provisórias com força de lei, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, e, de outro, por recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, que teriam transposto os limites da lúdima atividade jurisdicional que lhe compete exercer (RAMOS, 2010, p. 30).

Uma República é, de fato, assim considerada quando baseada no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, segundo a lição de Canotilho (2002, p. 248-250). A Constituição é o mais importante componente na conexão entre Política e Direito, pois converte o poder constituinte originário, que é energia política em estado quase puro originada da soberania popular, em poder constituído, que são as instituições do Estado, submetido à legalidade jurídica. Cabe à Constituição instituir os poderes do Estado, partilhando competências diversas. Assim, o artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) determina como Poderes da República, independentes e harmônicos entre

si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Dessa maneira, este artigo vem consagrar o princípio da separação dos poderes ou, também, princípio da divisão funcional do poder do Estado.

A teoria da separação dos poderes foi erigida por Montesquieu (2000). Reconhecidamente, ele foi o primeiro filósofo a sustentar que o exercício das diferentes funções estatais, legislar, administrar e julgar, deve ser atribuído a órgãos distintos. Isso foi vivenciado por ele durante a monarquia francesa, à qual era ferrenho crítico, devido à centralização de poder nas mãos de apenas uma única pessoa, o rei. Segundo Hamon, Troper, Burdeau (2005, p. 87) “a separação dos poderes” é antes de tudo um princípio de técnica constitucional destinado a evitar o despotismo e a garantir a liberdade.”

Atualmente, a divisão funcional do poder, como técnica que propõe a repartição de seu exercício por órgãos diferentes e independentes, mas não autônomos, reclama uma séria revisão dos seus conceitos primeiros, fazendo-se necessário e urgente que nos dediquemos a reler aqueles clássicos e a refletir sobre uma prática constitucional que descobre, consoante ao sistema de partidos, que a separação de poderes pode se reduzir a mera aparência. E é assim porque, via de regra, os mecanismos da política acabam por enfeixar o poder nas mãos de um mesmo grupo – Executivo e a maioria do Legislativo (FUTTERLEIB, 2012, p. 77-78).

De acordo com a citação acima, e reforçando a evolução do modo de se operar o princípio da separação dos poderes, verifica-se, também nas palavras de Puccinelli Júnior (2012, p. 1021), que no surgimento da era moderna, a tese da total independência

dos órgãos de Estado passou por revisões paulatinas até ser totalmente desmistificada. Realmente, a compreensão de poderes encapsulados e contrários a qualquer forma de ingerência externa dificilmente se ambientaria em uma conjuntura repleta de problemas complexos que pressupõem diálogo e interatividade. Ao que parece, uma separação radical, proscrevendo todas as técnicas de controle recíproco entre os três poderes do Estado, acabaria por torná-los perniciosos e arbitrários, precisamente o que se pretende evitar.

A citação abaixo fala um pouco a respeito do mecanismo de freios e contrapesos presentes na separação de poderes, segundo Saleme (2011, p. 71):

[...] a inexistência de uma separação absoluta entre os poderes; em princípio todos eles possuem funções de outros; assim eles legislam, administram e julgam. A tipicidade se encontra pela simples preponderância de uma função sobre as demais. Por exemplo, o Poder Legislativo tem a função principal de elaborar o regramento jurídico do Estado – é sua função típica-, mas também pode julgar seus servidores e o próprio chefe do executivo, exemplos de exercício de atividades típicas do Judiciário, podendo, ainda, julgar seus pares, assim como a edição de decretos autônomos pelo chefe do Executivo é uma função atípica do Poder Legislativo (SALEME, 2011, p. 71).

No desenho institucional brasileiro, com o já mencionado fenômeno da judicialização, temos o ativismo judicial buscando suprir ausências do Poder Legislativo e, por isso, há questionamentos se isso estaria ferindo o princípio constitucional da separação dos poderes. Entretanto, há posições da doutrina que

o aceitam como necessário, como a que se verifica nas palavras de Barroso:

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios (BARROSO, 2012, p. 1021).

Verifica-se, na prática, porém, de acordo com o entendimento de Barroso (2008, p.8), que o Poder Judiciário está obrigado a tomar parte na órbita dos demais poderes apenas quando há direito fundamental violado, tendo por obrigação evitar intervenções na definição de políticas públicas, tarefa inerente àqueles que possuem mandato eletivo, pois é por meio deles que o povo exerce o poder e usufrui de autodeterminação.

O artigo 3º da Constituição traz os objetivos fundamentais a serem perseguidos pelo Estado brasileiro e, segundo Paulo e Alexandrino:

Constata-se que esses objetivos têm em comum assegurar a igualdade material entre os brasileiros, possibilitando a todos iguais oportunidades para alcançar o pleno desenvolvimento de sua personalidade, bem como para autodeterminar e lograr atingir suas aspirações materiais e espirituais, condizentes com a dignidade inerente com a sua condição humana (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 34).

Analisando as palavras acima e situando-as na conjuntura já exposta, como a do nosso Legislativo lento em verificar os

anseios da nação no atendimento de políticas públicas, acaba-se demandando o Judiciário na busca concretização desses objetivos e, uma vez demandado, ele não pode negar-se a dizer o direito. Em relação à colocação de tal problemática na esfera do Poder Judiciário e à questão da separação de poderes, dizem mais Paulo e Alexandrino:

Sabe-se, ademais, que no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, em homenagem ao postulado da separação de poderes, não se encontra a de formular e implementar políticas públicas, atribuição típica dos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, descumprindo os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais ou coletivos de estatura constitucional, inclusive os derivados de normas constitucionais programáticas (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 104).

A efetivação de uma harmonia entre os poderes carece de uma reforma estrutural em nossa Política, a fim de se coadunar com as necessidades estabelecidas em nossa Constituição. Nesse entendimento, Ramos (2010, p. 37) expõe o seguinte:

Nos últimos anos, parece mesmo haver se formado um consenso em relação à premência de uma ampla reforma política, que permita ao Estado brasileiro cumprir eficientemente com a sua missão constitucional, muito embora exista dissenso em relação à natureza e extensão das medidas a serem adotadas. Ora, se é certo, por um lado, que o Supremo Tribunal Federal há de ocupar lugar de destaque em qualquer reestruturação dos Poderes estatais que se pretenda promover, haja vista a centralidade da função de guardião da Constituição que lhe compete exercer no modelo de

Estado Constitucional de Direito, de outra parte, não há como torná-lo imune a críticas deslegitimadoras da parte dos Poderes por ele fiscalizados se não forem claramente estabelecidos os marcos dentro dos quais sua atuação é constitucionalmente autorizada (RAMOS, 2010, p. 37).

Assim, verifica-se a importância do princípio da separação dos poderes sem deixar de se observar o quão fundamental é a participação do Poder Judiciário na efetivação de direitos constitucionais.

4 Conclusão

O comportamento do Judiciário de apreciar ativamente questões complexas resguardadas pela Constituição, conjugado com as atuações omissivas dos demais poderes, acaba por levar ao questionamento se, com a postura ativa desse Poder, estaria havendo um desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

O princípio da separação dos poderes, como pensado pelos teóricos da primeira idade do constitucionalismo, procurava combater o absolutismo e garantir, principalmente naquele período, o direito a liberdade com uma atuação negativa do Estado. Entretanto, nos dias atuais, com a presença dos direitos de segunda geração e a necessidade de um Estado social ativo e eficiente, a tese da total independência dos poderes foi desmistificada. Assim, os poderes atuando sem qualquer tipo de ingerência externa não se coadunam com a atual conjuntura complexa, a qual necessita de interatividade entre os poderes para se alcançar o melhor equilíbrio no seu exercício.

Na busca por alcançar uma forma de se evitar o domínio de um poder sobre o outro, a Carta Magna de 1988 manteve os três poderes e estabeleceu que houvesse entre eles uma atuação harmônica e independente. Implantou-se, assim, o mecanismo de freios e contrapesos na separação dos poderes, permitindo que um poder fiscalize a atuação do outro dentro dos limites estabelecidos constitucionalmente.

Todavia, a separação dos poderes, tradicionalmente prevista por alguns doutrinadores, não mais se conforma com a nova realidade de constantes transformações vivenciadas em nossa sociedade. O Estado Democrático de Direito requer uma concretização de direitos, especialmente, aqueles de natureza constitucional, inerentes à dignidade da pessoa humana. Carece-se, dessa forma, de uma readequação do princípio da separação dos poderes, em virtude das realidades constitucionais atuais, para se evitar o absolutismo de determinado poder em detrimento da concretização desses direitos.

A judicialização ocorrida após a promulgação da Constituição de 1988 elevou diversos temas ao *status* Constitucional. Conseqüentemente, aumentou, sobremaneira, a demanda por justiça na sociedade brasileira, em especial, junto ao STF, na busca pela concretização dos direitos estabelecidos na Carta Magna. Essa procura se justifica muito pela linguagem aberta dos textos jurídicos, caracterizada pela grande presença de normas constitucionais de cláusulas abertas e principiológicas e somada, ainda, à ineficiência dos demais poderes em regulamentá-

-las. A conjugação do fenômeno da judicialização com a omissão inconstitucional levou o Poder Judiciário, por intermédio do ativismo judicial, a buscar suprir o vácuo legislativo, fazendo surgir protestos por parte dos demais poderes que alegam ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Algumas vezes, por falha do próprio Legislativo, o ativismo judicial, lamentavelmente, supre um vazio legislativo proposital. Em razão da dificuldade de aliar opiniões ou diante do temor da opinião pública, algumas matérias são deixadas para serem decididas pelo Poder Judiciário. A atuação criativa e até, por assim dizer, reparadora do Judiciário, em especial do STF, torna-se determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, levando o cidadão a utilizar-se, para isso, da ferramenta do mandado de injunção.

Entretanto, quando ocorre a possibilidade de violação de direito fundamental, descumprindo os encargos político-jurídicos, o Poder Judiciário, quando acionado, encontra-se constitucionalmente obrigado a tomar parte na órbita dos demais poderes, impedindo ofensa ao texto Constitucional. Daí, questionamentos têm sido levantados em relação a essa atuação do Judiciário, em especial da corte constitucional, por esse papel normalmente aludido como contramajoritário. Esse termo é usado quando agentes públicos e órgãos, que não foram eleitos por voto, afastam ou conformam leis criadas pelos eleitos pela vontade popular.

Muitos são os fatores que levaram a uma postura mais ativa de nosso Judiciário, como a letargia do Legislativo em atender aos anseios da sociedade, especialmente no que se refere às políticas públicas. Por conseguinte, a jurisdição constitucional exerce um papel fundamental para a democracia ao servir de instrumento de mediação entre as forças políticas e a guarda dos direitos fundamentais.

Entretanto, há de se destacar que essas decisões do Judiciário, de caráter aditivo, devem ser tomadas pontualmente, não cabendo ao Judiciário usurpar o papel do Legislativo.

Os direitos fundamentais ocupam lugar de destaque nas Constituições presentes nos Estados Democráticos de Direito. A constituição de 1988 assegura ao magistrado pátrio que ele garanta e avalie os direitos estabelecidos no texto constitucional ou, de outro modo, persistiria o padrão *boca da lei*, sem identidade e servil à rigidez da dicção normativa. Observa-se, então, a necessidade do papel do ativismo judicial quando utilizado para ocupar o vácuo deixado pelo legislador. O Judiciário, atuando assim, *supre*, de maneira adequada e temporariamente, a omissão legislativa diante da ameaça ao não reconhecimento dos direitos fundamentais, quando presentes na lide ou trazidos à sua apreciação, utilizando o espaço necessário para interpretações construtivistas.

Um dos aspectos a ser observado pelo Judiciário, na prática de um ativismo judicial benéfico à sociedade, é permear a sua decisão com os valores prevaletentes no meio social no momento em que ela é prolatada. No entanto, essa decisão deve ser comedida e cautelosa para não ofender a Constituição, que estabelece os limites dessa atuação, e não afrontar o princípio da separação dos poderes, constituindo, assim, uma garantia para a democracia.

Portanto, entende-se, por meio da análise da conjuntura existente em nossa sociedade, que o ativismo judicial legalmente exercido não configurará ofensa ao princípio da separação dos poderes. Assim, quando utilizado dentro dos limites constitucionais e pontualmente, o ativismo judicial é imprescindível para o Estado Democrático brasileiro extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, resguardando, precipuamente, os direitos fundamentais de todo cidadão.

Title: Judicial activism versus the principle of separation of powers

Abstract: The present article seeks to demonstrate the importance of the judicial activism and its relation to the principle of Separation of Powers. One observes the importance of the role played by the judicial activism in the materialization of law in the democratic legal state; in the relation between powers; in the effectiveness of the balance between such powers; and, finally, in the democratic convictions. Considering the phenomenon of the judicialization of politics and of the social relations cultivated in Brazil, due to a variety of reasons, matters of political, social and moral relevance turn out to be primordially discussed in the judicial sphere. Judicialization is a fact, a circumstance of the Brazilian constitutional system, one which brought about the

political activism. This judicial phenomenon may be understood as a stance, as an option for a pro-active and specific manner of interpreting the Constitution, expanding its sense and reach. However, in so doing, the Judiciary is questioned as to whether the it would be usurping the legislative function. Usually, the activism establishes itself, what has occurred in Brazil, and, in such scenarios, the Legislative Power withdraws and the political class and the civil society become further and further apart, impeding certain social demands from being satisfied effectively. By means of its dynamic performance, the Supreme Court of Brazil has been distancing itself from a mere contemplative model in order to adopt a staunch defense of both the effectiveness and expansiveness of the constitutional text. Hence, it may well be said that judicial activism is associated to a broader and more intense Judiciary participation in the materialization of the constitutional values and purposes, with a greater interference in the two other powers' sphere of activity.

Keywords: Judicial activism. Separation of powers. Supreme Court of Brazil. Fundamental rights.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. 2012. Disponível em: <http://minhateca.com.br/drivet/CONCURSOS/DIREITO+CONSTITUCIONAL/Lu*c3*ads+Roberto+Barroso*2c+2012.+O+controle+de+constitucionalidade+no+direito+brasileiro,14775249.epub>. Acesso em: 7 nov. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e responsabilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In: Resenha*. Rio de Janeiro: 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas*, Rio de Janeiro, p. 34-40, mai. 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

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: 16 nov. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19047>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

FUTTERLEIB, Lígia Leindecke. *Fundamentos do direito constitucional*. Curitiba: InterSaberes, 2012.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito constitucional*. Tradução de Carlos Souza. Barueri, SP: Manole, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. 2012. v.1. Disponível em: <<http://minhateca.com.br/Elis.Souares/1+-+Tratado+de+Direito+Constitucional+-+Gilmar+Mendes+e+Ives+Gandra+-+2012,67345524.epub>>. Acesso em: 7 nov. 2014.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Ed. atualizada até a EC n° 53/06. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de direito constitucional descomplicado*. 3. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2010.

PUCCINELLI JUNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 2012. Disponível em: <http://minhateca.com.br/drivet/CONCURSOS/DIREITO+CONSTITUCIONAL/Andre+Puccinelli+Junior+-+Curso+de+Direito+Constitucional+-+1*c2*ba+Edi*c3*a7*c3*a3o+-+Ano+2012,14775260.epub>. Acesso em: 6 nov. 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALEME, Edson Ricardo. *Direito constitucional*. Barueri, SP: Manole, 2011.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; BALESTRIN, Thelleen Aparecida. Ativismo judicial. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, v. 18, n. 24, 2011. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/39/43>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

SARDINHA, Edson; COSTA, Soraia. *Executivo é quem mais legisla*. 16 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2007/janeiro-2007/executivo-e-quem-mais-legisla>>. Acesso em: 6 nov. 2014.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual São Paulo: Malheiros, 2012.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (Org.). *The global expansion of judicial power*. New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: FORUM DE GRUPOS DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DOS DIREITOS, 1., 2009, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro, 2009.

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

ANDRADE, Rodrigo Silva de. Ativismo judicial versus o princípio da separação dos poderes. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 533-588, 2016. Anual.

Submissão: 9/6/2016

Aceite: 26/9/2016

Possibilidade jurídica de instituição de normas penais incriminadoras pela via dos tratados internacionais

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Advogado e Consultor Jurídico. Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Paulo Queiroz

Procurador Regional da República. Professor nos Cursos de Pós-Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Resumo: Este estudo defende a possibilidade de criação de normas penais incriminadoras pela via dos tratados internacionais, contrariamente ao que tem reiteradamente decidido o Supremo Tribunal Federal. Entende-se que, por coerência ao *status* (no mínimo) supralegal que detêm os tratados de direitos humanos no Brasil, não há restrição jurídica em serem estabelecidas normas penais incriminadoras por meio de tratados internacionais.

Palavras-chave: Normas penais incriminadoras. Tratados internacionais - aplicação ao direito interno.

Sumário: 1 Introdução. 2 A posição do STF. 3 A posição da doutrina. 4 Nosso posicionamento. 5 Conclusão.

Introdução

A possibilidade de instituição de norma penal incriminadora por meio de tratados internacionais tem sido objeto de discussão doutrinária há algum tempo, não obstante inexistir no Brasil o necessário aprofundamento teórico sobre o tema. Um dos

motivos para tanto é a aceitação, pela doutrina, especialmente a penalista, da jurisprudência já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A questão, porém, merece nova discussão, especialmente depois da mudança de orientação do STF no que tange à hierarquia dos tratados de direitos humanos no país, o que deveria levar (mais ainda não levou) o Pretório Excelso a rever o seu posicionamento anterior, por coerência ao que tem decidido em matéria de direitos humanos.

Este ensaio verificará a possibilidade jurídica da instituição de norma penal incriminadora pela via dos tratados internacionais, sugerindo mudança na jurisprudência do STF sobre o tema.

1 A posição do STF

No julgamento do *RHC* 121.835/PE, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal, ratificando a sua jurisprudência, assentou que tratado internacional não pode estabelecer norma penal incriminadora, sob pena de violação ao princípio constitucional da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX), de modo que, internamente, só por meio de lei ordinária ou outro ato normativo de nível superior seria possível instituírem-se normas penais. Discutiu-se, ali, se seria possível considerar configurado o crime de lavagem de dinheiro, que, como delito derivado, pressupõe a existência de um crime principal, no caso, o de organização criminosa, valendo-se, para tanto, da definição

encontrada na Convenção de Palermo contra o Crime Organizado Transnacional (promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015/2004).

Para o STF, não se pode dizer que:

[...] a ausência de lei formal definidora do delito de organização criminosa seria suprível pela invocação da Convenção de Palermo, o que bastaria para configurar, no plano da tipicidade penal – segundo sustentado pelo Ministério Público Federal –, a existência do delito de organização criminosa como infração penal antecedente, considerado o texto normativo da Lei nº 9.613/98 em sua primitiva redação (STF, RHC 121.835/PE, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 13.10.2015).

Complementou, ainda, que “em matéria penal, prevalece o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois – não é demasiado enfatizar – a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal”¹.

Como se nota com total clareza, o STF entende que somente a *lei* pode ser fonte formal e direta de normas penais, não os tratados internacionais (ainda que de direitos humanos) em vigor no Estado.

2 A posição da doutrina

No âmbito da União Europeia, Marinucci e Dolcini (2015, p. 48) entendem que só o Parlamento Nacional (italiano), e não o europeu, pode criar normas incriminadoras, em virtude do princípio da legalidade. Também Fiandaca e Musco (2015, p. 67)

¹ STF, RHC 121.835/PE, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 13.10.2015.

consideram que a competência penal da União Europeia é indireta e só por meio de lei votada e aprovada pelo Poder Legislativo local seria possível criminalizar e penalizar novas condutas.

Entre nós, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2015, p. 67-68) opinam que os tratados também não podem dispor sobre matéria penal, pois, conforme decidiu o STF (*HC 96.007/SP*, relator Min. Marco Aurélio): *a)* só se pode criar crime e pena por meio de uma lei formal (aprovada pelo Parlamento, segundo o procedimento legislativo constitucional); *b)* o decreto viola a garantia da *lex populi*, ou seja, lei aprovada pelo Parlamento (decreto não é lei); *c)* quando o Congresso aprova um tratado, ele o referenda, porém tal ato não conota aprovação de lei; *d)* ainda que o tratado tivesse validade para o efeito de criar, no Brasil, o crime organizado, mesmo assim, ele não contempla nenhum tipo de pena, e sem ameaça de pena não existe crime; *e)* o tratado foi feito para o crime transnacional, logo, só poderia ser aplicado contra o réu para crimes internos por meio de analogia, o que é proibido.

Assim, segundo a doutrina que se acaba de expor, com relação aos crimes de competência da justiça brasileira previstos em tratado internacional, praticados em território nacional, haveria necessidade de *lei* a definir o crime e cominar a pena, não sendo suficiente a previsão em convenção internacional.

Porém, quando o tratado descriminalizar ou despenalizar determinada conduta, incidirá independentemente de conversão em lei, inclusive porque, segundo o art. 5º, § 2º, da Constituição,

os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Cabe lembrar que o princípio da legalidade constitui essencialmente uma garantia do cidadão oponível ao poder punitivo do Estado, razão pela qual a lei é, em princípio, essencial à criminalização e à penalização, não à descriminalização e à despenalização, que pode dar-se por outros meios (v.g., por portaria ou decisão judicial). Afinal, a função fundamental do sistema penal é prevenir reações públicas ou privadas arbitrárias (FERRAJOLI, 2011).

Além disso, quando o tratado for aprovado na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição, ou seja, por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, equiparar-se-á às emendas constitucionais e, pois, incidirá automaticamente em todo o território nacional, não havendo necessidade de lei, exceto se existir omissão quanto a aspectos essenciais da conduta incriminada (assim, v.g., se a convenção não definir, com precisão, a infração penal ou não cominar as penas dos respectivos delitos).

3 Nosso posicionamento

Parece-nos que a posição do STF no sentido da impossibilidade de o tratado internacional constituir fonte direta de Direito Penal contradiz o entendimento firmado por essa mesma Corte relativamente ao *status* dos tratados internacionais

de direitos humanos no Brasil, tal como exarado no julgamento do *RE 466.343-1/SP*, de 2008, quando entendeu que tais tratados têm nível (no mínimo) supralegal no país, isto é, estão acima da lei e abaixo da Constituição; já os tratados comuns, que versem sobre outros temas (*v.g.*, comércio internacional) teriam *status* de lei ordinária.

Ainda que se considerasse que os tratados (comuns) têm nível de lei *ordinária*, mesmo assim, por questão de coerência, deveria o STF reconhecer que poderiam instituir norma penal incriminadora, pois igualados às *leis*. Nem se diga, então, os instrumentos internacionais “supralegais” ou mesmo “constitucionais” que têm mais legitimidade (para além de qualquer lei) para o estabelecimento daquilo que a sociedade internacional entendeu por bem uniformizar.

Independente, porém, da posição adotada quanto ao *status* dos tratados de direitos humanos no Brasil, se de norma constitucional ou supralegal, o certo é que, tendo o STF alocado tais instrumentos em nível *acima* de todas as leis nacionais, não há como raciocinar no sentido de que *apenas* a lei interna seria apta a criar norma penal incriminadora, pois a Constituição assim determinaria. Nada mais equivocado. Os tratados internacionais têm processo longo de negociação e celebração, ingressando na órbita interna por meio de procedimento complexo, muito mais difícil de se concretizar que o de elaboração das leis nacionais.

No julgamento *supra*, o Ministro Gilmar Mendes, embora rejeitasse a tese de constitucionalidade ou supraconstitucionalidade

dos tratados internacionais de direitos humanos, entendeu ineficaz a previsão do art. 5º, LXVII, *in fine*, da Constituição de 1988, que admitia a prisão civil do depositário infiel com fundamento na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, ratificada em 1992, cujo artigo 7º (nº 7) veda a prisão civil por dívida, com exceção da prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentar.

Ora, se os tratados estão acima da lei (ou lhe são equiparáveis, como entendia antes o Supremo) é porque podem figurar perfeitamente como norma penal incriminadora, à semelhança do que se passa com as convenções aprovadas na forma de emenda constitucional. Se a *lei* pode criar norma penal incriminadora, é óbvio que uma norma supralegal ou equivalente à emenda constitucional poderá fazê-lo (ou autorizar que se faça). Afinal, a doutrina penal sempre entendeu que os tratados não poderiam constituir norma incriminadora sob o argumento (equivocado) de que é um *decreto* do Poder Executivo que coloca o instrumento internacional em vigor no plano interno, após referendo do Congresso Nacional (CF, art. 49, I, e 84, IV e VIII). Assim, como não se estaria diante de *lei* em sentido formal, não poderiam tais tratados criar crimes e impor penas. Nada mais equivocado, uma vez que não é o *decreto* presidencial que coloca em vigor o tratado, senão o ato de *ratificação*, que é um ato internacional regulado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Seja como for, esse era o argumento utilizado para dizer que os tratados (“aprovados” por decreto) não

poderiam criar norma penal incriminadora. De mais a mais, essa visão tradicional que equiparava tratado internacional a decreto está, há muito, superada, segundo decidiu, mais recentemente, o próprio STF.

A doutrina internacionalista atual considera, inclusive, que os tratados internacionais de direitos humanos (não os tratados comuns) têm sempre *status* constitucional (ou até supraconstitucional, para alguns autores), ainda que não aprovados na forma do art. 5º, § 2º, da Constituição. Veja-se, a propósito, o que já se escreveu a respeito:

Portanto, mesmo a posição de vanguarda do STF, expressa no voto-vista do Min. Gilmar Mendes acima referido, ainda é, a nosso ver, insuficiente. No nosso entender, os tratados internacionais *comuns* ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico *intermediário*, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto que não se encontrem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, como se observará no momento oportuno, entendemos que os mesmos ostentam *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual *quorum* qualificado de aprovação. A um resultado similar pode-se chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do Direito Internacional e da prevalência de suas normas em relação à normatividade interna, seja anterior ou posterior (MAZZUOLI, 2015, p. 415 e 915).

Nesse sentido, Flávia Piovesan orienta que a Constituição de 1988 abriu o catálogo aos direitos previstos

em tratados internacionais, conferindo-lhes natureza de normas constitucionais:

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantidas fundamentais (PIOVESAN, 2012, p. 114).

Seja como for, uma vez reconhecido, na pior das hipóteses, que um tratado de direitos humanos tem *status* de mera lei ordinária, resta superada a alegação de ofensa ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

A norma penal incriminadora pode, portanto, resultar diretamente de tratado internacional de direitos humanos ratificado e em vigor no país. A lei só será necessária se e quando houver necessidade de precisar-lhe os termos da criminalização e penalização.

É comum, aliás, que os tratados estabeleçam cláusulas genéricas e demandem regulamentação pelos países que os subscrevem, motivo pelo qual dificilmente serão autoaplicáveis, ao menos em relação à criminalização de condutas. Assim, *v.g.*, a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948 (art. V) dispõe expressamente que:

[...] as Partes Contratantes assumem o compromisso de tomar, de acordo com as respectivas Constituições, as medidas legislativas necessárias a assegurar a aplicação das disposições da presente

Convenção e, sobretudo, a estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. III (BRASIL, 1952).

A regulamentação da Convenção foi realizada pela Lei nº 2.889/56.

A questão fundamental não é, pois, saber se o tratado pode ou não dispor sobre matéria penal, o que nos parece perfeitamente possível, mas o modo como se deu a definição dos crimes e da cominação das penas.

No momento atual por que passa a sociedade internacional, com atos de terrorismo sendo presenciados quase que todos os dias, é premente que a comunidade de Estados estabeleça, via tratados, normas penais incriminadoras aplicáveis ao plano doméstico. De rigor, assim já fez o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998) quando estabeleceu a possibilidade de imposição da *pena* de prisão perpétua às pessoas condenadas por um dos crimes previstos no seu art. 5º (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão).

4 Conclusão

Como foi possível perceber ao longo deste ensaio, nenhum problema existe a que tratados internacionais criem normas penais incriminadoras. Apesar de incomum, nada há de estranho em uma norma internacional disciplinar matéria afeta ao Direito Penal, especialmente se tratar-se de norma internacional de

direitos humanos, que tem, segundo o STF, *status* (no mínimo) supralegal no Brasil.

Tanto o preceito primário como o preceito secundário da norma penal incriminadora podem ser estabelecidos por tratados. Nem se diga que cada Estado tem o seu sistema criminal e que a imposição de pena depende da política legislativa de cada um, notadamente se leva-se em conta que atos como o terrorismo violam direitos de toda a sociedade internacional, merecendo reprimenda severa, para além de uniforme, do Direito Internacional público, nada impedindo, nesse sentido, que tratado internacional estabeleça eventual pena e o modo de seu cumprimento.

O Direito Penal, à luz do Direito Internacional público, não é direito *especial* e não tem qualquer *privilégio*, ainda que a Constituição do Estado entenda diversamente, sabendo-se já que os textos constitucionais são simples *factos* perante o direito internacional público. Este não se preocupa com o que faz ou deixa de fazer a Constituição, senão com o que os Estados *consentiram* no plano internacional, dando a sua palavra de que irão cumprir o que foi acordado. Ora, se os Estados, no livre e pleno gozo de sua soberania, ratificam (aceitam expressamente) normas internacionais, é porque consentem em cumprir o que ali ficou estabelecido, tal como determina o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, segundo o qual uma parte “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (BRASIL, 2009).

Em suma, e por coerência ao nível *supralegal* dos tratados de direitos humanos no Brasil, deve o STF reconhecer que a tese da reserva legal há que dividir espaço com as normas implementadas por tratados internacionais, que valem – repita-se, segundo o próprio STF – *mais do que as leis* (podendo também ter “equivalência” de emenda constitucional, se aprovadas por maioria qualificada no Congresso Nacional e ratificadas pelo Executivo). Se as leis podem criar normas penais incriminadoras, tudo o que é *supralegal*, evidentemente, também pode. Não há argumentos contra essa observação; a coerência rechaça qualquer entendimento em contrário.

Portanto, o dever que tem o STF é, como se disse, de *coerência* com o que decidiu no *RE 466.343/SP*, quando alocou os tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada no Congresso Nacional no nível *supralegal*. Nesse sentido, haverá de reconhecer a possibilidade de tratados tipificarem crimes e estabelecerem penas.

Title: Legal feasibility of incriminating criminal provisions through international treaties

Abstract: Diverging from the position of the Supreme Court of Brazil, this paper argues that it is feasible to create incriminating criminal provisions through international treaties. The argument focuses on the logical consequence flowing from the acceptance that human rights treaties have at least supra-legal status in Brazil. Due to this prevalent theory, there is no legal restriction on the establishment of incriminating criminal provisions through international treaties.

Keywords: Incriminating criminal provisions. International treaties - domestic implementation.

Referências

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 dez. 2009.

BRASIL. Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952. Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 9 maio 1952.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 10. ed. Bari: Laterza, 2011.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. Bologna: Zanichelli, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Curso de direito penal: parte geral*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; QUEIROZ, Paulo. Possibilidade jurídica de instituição de normas penais incriminadoras pela via dos tratados internacionais. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 589-602, 2016. Anual.

Submissão: 14/12/16

Aceite: 20/6/2016