

ISSN 1518-0891

# Revista

do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios



n. 8 • 2014

---

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

n. 8 • 2014

---

# MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – MPDFT

Leonardo Roscoe Bessa  
*Procurador-Geral de Justiça*

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

Carlos Eduardo Magalhães de Almeida  
*Corregedor-Geral*

José Theodoro Correa de Carvalho  
*Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça*

Fabiana Costa Oliveira Barreto  
*Assessora Parlamentar*

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 do Conselho:** Ana Luisa Rivera  
*Procuradora de Justiça*

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

## CONSELHEIROS

Carlos Gomes  
*Procurador de Justiça*

Antonio Ezequiel de Araújo Neto  
*Procurador de Justiça*

Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub  
*Procuradora de Justiça*

Conceição de Maria Pacheco Brito  
*Procuradora de Justiça*

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

Diaulas Costa Ribeiro  
*Procurador de Justiça*

André Vinícius Espírito Santo de Almeida  
*Procurador de Justiça*

## CONSELHEIROS SUPLENTES

Ruth Kicis Torrents  
*Procuradora de Justiça*

Arinda Fernandes  
*Procuradora de Justiça*

Eduardo José Oliveira de Albuquerque  
*Procurador de Justiça*

Tânia Maria Nava Marchewka  
*Procuradora de Justiça*

---

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

n. 8 • 2014

---

**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](mailto:conedit@mpdft.mp.br)

**CONSELHO EDITORIAL**

Maria Anaides do Vale Siqueira Soub  
*Procuradora de Justiça*

Antônio Henrique Graciano Suxberger  
*Promotor de Justiça*

Conceição de Maria Pacheco Brito  
*Procuradora de Justiça*

José Theodoro Correa de Carvalho  
*Promotor de Justiça*

Wanessa Alpino Bigonha Alvim  
*Promotora de Justiça*

Rodolfo Cunha Salles  
*Promotor de Justiça*

Maercia Correia de Mello  
*Promotora de Justiça*

Dermeval Farias Gomes Filho  
*Promotor de Justiça*

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do MPDFT

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

Annual.

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:* Maria Anaides do Vale  
Siqueira Soub (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/DIBI/CDI):*

Cristiane Vieira da Silva, Dulcineide Camargo  
Santos, Érika Carvalho Lemos de Oliveira e Joani-  
ce Fernandes Rocchetti

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

*Revisão de português:* Ana Paula Barbosa Cusina-  
to e Joira Coelho Furquim. Colaboração: Samara  
Botelho Vaz Almeida

*Revisão de inglês:* Roney Ramalho Sereno

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



Editora MPDFT

Tiragem: 1.000 exemplares

## SUMÁRIO

<b>Prefácio</b> .....	5
<b>Editorial</b> .....	9
<b>Análise do Patrimonialismo na Administração Pública do Distrito Federal</b>	
<i>Davi Mendonça Normandes</i> .....	13
<b>Aspectos da Tributação de Fatos Ilícitos</b>	
<i>Alexandre Parreira Guimarães</i> .....	53
<b>O Ativismo e a Democracia do Ponto de Vista do Legislador</b>	
<i>José Wilson Ferreira Lima</i> .....	105
<b>Ouvidoria do MPDFT – 10 anos</b>	
<i>Maria Rosynete de Oliveira Lima</i> .....	143
<b>A Reforma Psiquiátrica Brasileira para o Resgate da Cidadania das Pessoas Acometidas por Transtorno Mental no Distrito Federal</b>	
<i>Pollyana Beatriz de Oliveira Alves</i> .....	173
<b>Alternativas Penais ou Macropsia Punitiva? - a Crise de Legitimidade das Penas Alternativas no Brasil.</b>	
<i>Alessandra Campos Morato, Bruna Mello de Miranda e Leornado Freitas Garcia Filho</i> .....	245
<b>Aspectos Controvertidos Acerca do Instituto da Suspensão Condicional do Processo (Artigo 89, da Lei 9.099/95)</b>	
<i>Leonardo Longo Motta</i> .....	281
<b>A “Carteirada” Policial</b>	
<i>Thiago André Pierobom de Ávila</i> .....	337

<b>Direitos Humanos e Segurança Pública: a Insuportável Dissociação</b>	
<i>Tiago Borges Fonseca</i> .....	405
<b>A Essencialidade da Função Acusatória no Estado Democrático de Direito</b>	
<i>Edimar Carmo da Silva</i> .....	441
<b>A Hermenêutica na Aplicação da Pena e a Eficácia Social das Normas Penais</b>	
<i>Ana Cláudia de Souza Valente</i> .....	483
<b>Lavagem de Dinheiro e Criminologia: uma Análise a partir do Paradigma da Reação Social</b>	
<i>Ericson dos Santos Cerqueira</i> .....	531
<b>Paradigmas Socioeducativos: uma Análise na Perspectiva da Criminologia</b>	
<i>Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza</i> .....	595
<b>A Possibilidade de Adoção da Teoria da Cegueira Deliberada nos Crimes de Lavagem de Capitais</b>	
<i>Patrícia Philippi</i> .....	637
<b>Normas Editoriais para os Autores</b> .....	677

## Prefácio

A conquista da excelência no desenvolvimento de qualquer atividade deve caminhar lado a lado com a busca e a promoção do conhecimento. A troca de informações, o estímulo à pesquisa e o ato de partilhar experiências adquiridas ao longo de anos de trabalho e estudo são essenciais ao progresso de uma instituição.

O aprimoramento de saberes em uma organização como o MPDFT depende, portanto, da disposição de seus integrantes em adquirir novos conhecimentos e da generosidade daqueles que se dedicam a estudar, com profundidade, temas relevantes à promoção da justiça, da democracia, da cidadania e da dignidade humana. O compartilhamento de informações, que deve resultar na construção do conhecimento coletivo, é o caminho mais sólido e duradouro para o fortalecimento institucional e tem seu lugar assegurado nesta Revista.

Publicações científicas são, por natureza, espaços democráticos voltados à promoção do debate, à divulgação de ideias e à ampliação do conhecimento. Desempenham papel relevante no desenvolvimento da educação e na busca de novos saberes, mas carecem, muitas vezes, de maior aproximação com a realidade. Sofrem daquele velho problema, que é o distanciamento entre a teoria e a prática.

A Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, agora em sua oitava edição, cumpre seu papel, com maestria, ao disponibilizar importante espaço para divulgação das produções acadêmicas de membros e servidores. Mas vai além e diferencia-se de outras publicações científicas ao permitir o



alinhamento entre os estudos teóricos e a prática do Direito Cível e Criminal nas Procuradorias e Promotorias de Justiça.

É gratificante perceber, em cada um dos artigos aqui publicados, a habilidade de seus autores em conciliar a dureza do dia a dia com a busca de novos saberes; a inteligência para transformar vivência em conhecimento científico e enxergar nas situações de conflito inerentes ao exercício do cargo, um vasto campo de pesquisa e produção acadêmica.

Tornou-se lugar-comum dizer isso, mas aliar teoria e prática sempre foi um grande desafio. O procurador e o promotor de Justiça, quando escrevem, falam de situações reais, tratam de problemas que demandam soluções concretas. Naturalmente, a abordagem torna-se muito mais rica e menos descolada da realidade.

É motivo de alegria saber que o MPDFT dispõe de uma publicação que se diferencia pela qualidade de seus artigos e ainda conta com colaboradores experientes nos assuntos sobre os quais escrevem. É um privilégio ler a seleção ora apresentada e saber que todos os textos passaram pelo rigoroso crivo do Conselho Editorial.

Composto por membros altamente preparados e cuja experiência merece ser destacada, são os integrantes desse Conselho os principais responsáveis pelo aperfeiçoamento da Revista do MPDFT, pelo alto nível da seleção dos artigos e pelo cumprimento da periodicidade anual, um desafio difícil, que precisa ser conciliado com as demais atribuições diárias.

Por esse motivo, e por tantos outros, antes de encerrar, quero cumprimentar a todos os que participaram desse projeto. Àqueles que inscreveram seus artigos, tendo sido selecionados ou não, é

preciso agradecer e estimular para que continuem contribuindo. Aos membros do Conselho Editorial, por reconhecerem a importância da pesquisa no fortalecimento institucional e, assim, contribuírem para o engrandecimento do Ministério Público. Em especial, à coordenadora Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub, por conduzir esse trabalho com sabedoria e profunda dedicação.

Finalmente, aos leitores, razão de ser desta publicação, desejo que não apenas leiam, mas que dialoguem com os conteúdos aqui apresentados, que desenvolvam o espírito crítico e, de forma construtiva, abram espaço para a construção de novos saberes. Esse é o caminho que conduz à inovação e à conquista da excelência.

Boa leitura.

**Leonardo Bessa**

Procurador-Geral de Justiça



## **Editorial**

Esta obra busca dar continuidade ao trabalho de divulgação da produção intelectual dos membros e servidores do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com a publicação de artigos técnico-científicos que abordam temas relevantes na atualidade e que são objeto de estudo dos pesquisadores e profissionais do Direito, bem como estão sendo vivenciados na prática da atividade dos membros da instituição.

Os assuntos versados na área cível são instigantes e variam desde a defesa do patrimônio público até a busca pela efetividade dos direitos dos cidadãos. No âmbito criminal, os estudos, bem fundamentados, se voltam para a análise da criminologia e da política criminal quanto à aplicação da pena, à suspensão condicional do processo e à segurança pública, além de terem sido realizadas abordagens específicas sobre a prática do crime de lavagem de dinheiro.

No primeiro artigo, Davi Mendonça Normandes enfoca o arcaico fenômeno do patrimonialismo na Administração Pública do Distrito Federal, que define como sendo a prática administrativa em que inexiste para os governantes distinção entre a esfera privada e a pública. O autor também constata que a organização administrativa do Distrito Federal está marcada por fisiologismo, clientelismo, intenso intercâmbio político-partidário entre os poderes Executivo e Legislativo e falta de legitimidade na nomeação dos Administradores Regionais.

No segundo tema, Alexandre Parreira Guimarães expõe que a tributação dos fatos ilícitos poderia caracterizar compactuação do Estado com a infração penal e com o delinquente, e conclui

que o entendimento da doutrina majoritária – aplicação moderada do art. 118 do Código Tributário Nacional – está em consonância com os postulados da igualdade e da capacidade contributiva. Com isso, limita-se o alcance do dispositivo legal desde que a circunstância seja accidental, bem como se admite a tributação dos fatos ilícitos.

José Wilton Ferreira Lima, em seu estudo, discorre sobre o ativismo judicial no cenário político da República Federativa do Brasil, no qual se evidencia participação mais ampla e incisiva do Judiciário, com o intuito de dar cumprimento aos valores e fins constitucionais.

Um assunto relevante para a instituição é apresentado por Maria Rosynete de Oliveira Lima, que traz o histórico da implementação da Ouvidoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, descrita como um canal de diálogo com o cidadão, que lhe permite participar na gestão institucional e contribuir para a atividade-fim do promotor de Justiça.

A reforma psiquiátrica brasileira e a atual política pública implementada pelo Distrito Federal é abordada de forma profunda por Pollyana Beatriz de Oliveira Alves, em sua pesquisa acerca das mudanças introduzidas pela Lei nº 10.216/2001.

No ensaio sobre alternativas penais ou macropsia punitiva, os autores Alessandra Campos Morato, Bruna Mello de Miranda e Leonardo Garcia Filho expressam o entendimento de que não se pode aceitar a prisão como solução única e adequada para toda a conflituosidade caracterizada como criminosa, por sua incapacidade de conter a criminalidade crescente ou porque meramente retribui um mal ao infrator.

Os aspectos controvertidos acerca do instituto da suspensão condicional do processo são analisados de forma minuciosa por Leonardo Longo Mota, o qual expõe que o modelo de política criminal trazido pela Lei nº 9.099/1995 busca o paradigma do consenso nos delitos de menor potencial ofensivo, considerando esta a via mais promissora e viável para a desburocratização da justiça criminal e da satisfação dos interesses das vítimas de pequenos delitos.

Já Thiago Pierobon de Ávila analisa os fenômenos que envolvem a prática perniciosa de alguns policiais de utilizar-se da identificação funcional para ingressar em estabelecimentos comerciais de diversão fora do exercício de sua função.

A necessidade de estar a política de implementação da segurança pública vinculada ao respeito aos direitos humanos é defendida no ensaio de Tiago Borges Fonseca, no qual cita que o Programa Nacional de Segurança Pública e Cidadania (Pronasci), criado pela Lei nº 11.530/2007, buscou reduzir os abismos existentes entre os dois parâmetros, porém tal norma não está produzindo efeitos concretos.

Para Ana Cláudia de Souza Valente, é possível aprimorar o positivismo penal buscando a fixação da pena para que tenha maior alcance e eficácia social das decisões condenatórias, utilizando-se de critérios de hermenêutica jurídica e da compreensão das condições do intérprete.

Abordando também aspecto relacionado à criminologia, Ericson dos Santos Cerqueira analisa a criminalização dos delitos de lavagem de dinheiro e conclui em seu estudo que os órgãos de controle formal no Brasil não trabalham como um sistema

integrado, o que dificulta a efetivação das medidas previstas na Lei nº 9.613/1998.

Selma Leite do Nascimento Sauerbonn de Souza analisa os paradigmas socioeducativos direcionados aos adolescentes em conflito com a lei, afirmando que a criminologia positivista, imbricada ao paradigma etiológico, fomentou e ainda fomenta a representação da criminalidade e do indivíduo delinquentes com a marca do preconceito e de estigmas, fruto de um mecanismo de seletividade empreendido pelo sistema penal.

Por fim, mas no mesmo grau de importância de todas as teses apontadas, Patrícia Philippi tece considerações sobre a caracterização do dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro, introduzido pelo artigo 1º e seus incisos da Lei nº 12.683/2012, narrando que no julgamento da Ação Penal nº 470 pelo Supremo Tribunal Federal prevaleceu o entendimento pela sua admissão.

Importante ressaltar que esta obra somente foi possível com o trabalho dedicado dos conselheiros, de todos os servidores que participaram das diversas fases de produção e da colaboração inestimável dos autores.

Espera-se que o material disponibilizado sirva de subsídio para os estudos dos profissionais do direito.

**Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub**

Coordenadora do Conselho Editorial

---

# Análise do Patrimonialismo na Administração Pública do Distrito Federal

**Davi Mendonça Normandes**

Técnico do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Pós-Graduado em Gestão Pública. Bacharel em Turismo.

**Resumo:** O objetivo desta pesquisa é identificar e analisar indícios do patrimonialismo na Administração Pública do Distrito Federal. Pretende-se observar, por intermédio da Lei Orgânica do Distrito Federal, os principais aspectos na legislação e nas atitudes dos Poderes Executivo e Legislativo que indicam conduta patrimonial, analisar como e onde ocorre com maior incidência essa conduta em uma Unidade da Federação em pleno século XXI. Por fim, serão elencadas, após análise do patrimonialismo, algumas consequências da prática nos órgãos e na prestação de serviços públicos ao cidadão, como essa problemática influencia na qualidade e profissionalização das instituições públicas distritais e as possíveis soluções elucubradas para minimizar a prática secular arcaica e viciosa do patrimonialismo na gestão pública do DF.

**Palavras-chave:** Análise. Gestão pública. Patrimonialismo. Distrito Federal (DF). Órgãos. Serviços públicos.

**Sumário:** Introdução. 1 Breve Caracterização da Administração Pública Patrimonialista. 2 Peculiaridades da Estrutura Político-administrativa do DF. 3 Análise do Patrimonialismo na Administração Pública do DF. 3.1 Cargos Públicos como Prebendas no DF. 3.2 As Administrações Regionais “Cabide de Emprego”. 4 Consequências do Patrimonialismo na Administração Pública do DF. 4.1 Amadorismo na Prestação do Serviço Público. 4.2 Corrupção. 5 Ensaio a Ruptura do Resquício Patrimonialista no DF. 6 Conclusão. Referências.



## **Introdução**

O tema deste estudo é o patrimonialismo na Administração Pública, que terá como questão central da pesquisa o patrimonialismo na Administração Pública do Distrito Federal e suas consequências para a prestação do serviço público nesta unidade federada.

Resquício da formação cultural brasileira, o patrimonialismo na Administração Pública é uma chaga que sobrevive ao longo do tempo e das reformas constitucionais e administrativas (burocrática e gerencial) no país, tendo esse conceito se modificado ou transformado à medida que a sociedade foi evoluindo (clientelismo, fisiologismo, neopatrimonialismo).

Entretanto, sua essência permanece viva no que foi estabelecido no conceito weberiano, como à forma de dominação que se exerce em função do pleno direito pessoal, originariamente orientada pela tradição, em que falta a distinção entre a esfera privada e a pública. A Administração Pública é tratada como assunto pessoal do governante, e a propriedade pública como parte de seu patrimônio pessoal.

Nesse contexto o principal objetivo desta pesquisa é verificar se em pleno século XXI há indícios dessa infância da Administração Pública brasileira no DF. Como também, identificar as peculiaridades da organização político-administrativa, analisar alguns pontos que favorecem a implicação de práticas patrimoniais na legislação (principalmente na LODF), verificar alguns órgãos que são afetados pela conduta patrimonialista, analisar quais consequências do patrimonialismo na prestação

do serviço público e elucubrar possíveis soluções à prática do patrimonialismo no Distrito Federal.

Entender e identificar traços do patrimonialismo em uma atual Unidade da Federação de um Estado Democrático de Direito é compreender de maneira holística como a prestação do serviço público é afetada por essa conduta histórico-cultural perniciososa.

### **1 Breve Caracterização da Administração Pública Patrimonialista**

Para Faoro (2001 apud HELAL; DIEGUES, 2009), o Estado e a Administração Pública no país têm origens no patrimonialismo como marcas perceptíveis de uma ética em que a apropriação da esfera pública se expressa, especialmente, nas práticas administrativas e estamentais. Já o patrimonialismo no Brasil surgiu no período colonial, quando o país era apenas um patrimônio da coroa portuguesa (FAORO, 2001 apud HELAL; DIEGUES, 2009).

Segundo Faoro (2001 apud HELAL; DIEGUES, 2009), as tradições portuguesas foram reproduzidas no Brasil por intermédio de Dom Pedro I desde o tempo do Império, quando ocorreu a reformulação do Estado brasileiro, por meio da Carta de 1824. Um dos problemas daquela época era a preocupação dos representantes da nação em demonstrar seus próprios interesses, em detrimento dos das bases eleitorais. O próprio autor ressalta que essas práticas vigoraram por muitos anos, criando raízes no Brasil, mesmo depois de ter deixado de ser colônia. Outro ponto a destacar é que:

O modelo de governantes que se moldou a partir de tais costumes ficou caracterizado pela cordialidade, que trata de situações que deveriam ser de interesse geral e caráter impessoal da mesma maneira como trataria de seus problemas pessoais, mas sempre mantendo as relações de poder intactas, na qual os mesmos grupos sempre se encontram acima dos demais (HOLANDA, 1963 apud HELAL; DIEGUES, 2009, p. 26).

São características do patrimonialismo, segundo Weber (2004 apud HELAL; DIEGUES, 2009), além da administração propriamente dita, a representação e o serviço pessoal por todos os funcionários e, em oposição à burocracia, a inexistência de especialização profissional; seleção dos empregados a partir do círculo pessoal do senhor; e a falta de distinção burocrática entre a esfera privada e oficial.

No que tange às características, Weber (2004 apud HELAL; DIEGUES, 2009) o caracteriza como forma de dominação tradicional, em que o soberano organiza o poder político análogo ao poder exercido em sua casa.

A expressão mais extremada do patrimonialismo é, para Weber, a patriarcal, que é caracterizada como pré-burocrática. Nela a autoridade se baseia na submissão ao pater-famílias em virtude de uma devoção rigorosamente pessoal. A expressão original do patriarcalismo é a autoridade paterna no seio da comunidade doméstica. O patrimonialismo é uma extensão dessa autoridade tradicional para além das fronteiras do lar, conservando os traços domésticos de uma administração não racional (VÉLEZ RODRÍGUEZ, 2006, p. 13).

Já para Fadul e Souza (2006), em termos de modelos de gestão pública, o patrimonialismo moldou e consolidou algumas

especificidades que o caracterizou na Administração Pública como:

- a) confusão daquilo que é público com o privado;
- b) predomínio da vontade unipessoal do dirigente;
- c) cargos públicos como prebendas;
- d) corrupção;
- e) servilismo.

Entretanto, mesmo depois das reformas burocrática e gerencial, surgiram novas práticas patrimonialistas introduzidas no modelo de Estado Democrático de Direito. Seguem algumas praticam advindas do cerne do conceito clássico de patrimonialismo:

Clientelismo - caracterizado por uma relação pessoal com os clientes, sendo essa relação sustentada pelo vínculo de fidelidade pessoal, partidária e de copaternidade, para citar apenas algumas dentre outras expressões de proteção política e social - em contrapartida a essa lealdade, são solicitados empregos, recursos políticos e ou financeiros, dentre outros, e ofertados pelos patrões ou chefes políticos;

Populismo - caracterizado pelo contato direto entre o líder carismático e a massa urbana – sendo o líder eleito mediante um vínculo emocional e não racional com o povo – e tem como principal mecanismo de governo um sistema de políticas ou métodos para a atração das classes sociais de baixo poder aquisitivo como forma de angariar votos e prestígio;

Fisiologismo - está intrinsecamente ligado à corrupção política e refere-se a uma forma de relação de poder político em que as ações políticas e decisões são tomadas em troca de favores, favorecimentos e outros benefícios e interesses individuais;

Estatismo - definido como a tendência de se considerar o Estado como o ordenador da sociedade e considerado como a principal marca no relacionamento entre Estado e sociedade no contexto do patrimonialismo brasileiro;

Corporativismo - como um sistema de organização social no qual os grupos são “órgãos do Estado”, ou seja, partes integrantes do Estado (DIEGUES, 2008, p. 33).

Bresser Pereira (2001 apud HELAL; DIEGUES, 2009) ressalta que a corrupção, o uso de recursos públicos e o nepotismo eram considerados normas na administração patrimonialista. Bresser Pereira e Spink (2006 apud HELAL; DIEGUES, 2009) destacam, contudo, que com o advento do capitalismo e da democracia houve a necessidade da adoção de um novo paradigma capaz de combatê-los e de proteger o patrimônio público contra a privatização do Estado.

Esse cenário impôs à Administração Pública a necessidade de desenvolver um sistema gerencial que procurasse distinguir o político do administrador público e também o privado do público (BRESSER PEREIRA; SPINK, 2006 apud HELAL; DIEGUES, 2009).

Nesse momento surge a administração burocrática, embasada pelo modelo de Max Weber, com o propósito de determinar um método de organização racional e eficiente, em substituição à força do poder exercido por regimes autoritários.

A grande expectativa em torno da Administração Pública Burocrática refere-se à necessidade de conseguir controlar o conteúdo da ação governamental, impedindo que os políticos agissem contra os interesses coletivos da comunidade.

Schwartzman (1998 apud HELAL; DIEGUES, 2009), todavia, afirma que a continuidade do modelo de administração

pública patrimonial é uma das marcas do nosso Estado, pois a sociedade ainda se depara com a dificuldade de enxergar uma separação entre o público e o privado, o que faz a troca de favores ainda ser relevante no processo político.

## **2 Peculiaridades da Estrutura Político-Administrativa do DF**

Sendo objeto desta pesquisa o Distrito Federal (DF), torna-se necessário a análise do funcionamento da sua estrutura político-administrativa para identificação de aspectos patrimonialista.

Brasília é a Capital Federal. Brasília é a capital da União, sediando, também, o governo do Distrito Federal. O Distrito Federal surge com a Constituição de 1891, da transformação do antigo Município Neutro, sede do governo e capital do Império. Na Constituição Federal de 1988, o DF passa a integrar a Federação brasileira, sendo que antes não passava de uma autarquia territorial, tendo a relevante função de abrigar em seu território Brasília, a Capital Federal.

Por ser um ente federado atípico em nosso ordenamento, pode-se distinguir o DF por características ímpares em sua organização segundo a Constituição Federal de 1988 (CF/88) e a Lei Orgânica do Distrito Federal de 1993 (LODF).

O DF não é nem Estado, nem Município, mas tem as competências legislativas de ambos.

É vedado ao DF dividir-se em municípios.

O DF é dividido em Regiões Administrativas caracterizadas por serem meras descentralizações administrativas, mas não

políticas, uma vez que é vedado ao DF dividir-se em municípios. Atualmente são 31 Regiões Administrativas.

O DF é pessoa jurídica de direito público interno, dotada de autonomia:

- a) Auto-organização: o DF se organizará por Lei Orgânica, votada em 2 turnos, com interstício mínimo de 10 dias, aprovada por 2/3 da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na CF. A Lei Orgânica do DF constitui instrumento normativo primário destinado a regular, de modo subordinante a vida jurídico-administrativa e político-institucional do DF. Ou seja, a Lei Orgânica do DF equivale às Constituições Estaduais.
- b) Autogoverno: a eleição direta do seu governador e vice-governador, além dos deputados distritais que comporão a Câmara Legislativa do DF, os quais, de maneira autônoma, conduzirão a vida política distrital.
- c) Autoadministração: Existência de órgãos e servidores públicos próprios, integrantes da Administração Pública Distrital direta e indireta.
- d) Autonomia tributária e financeira: O DF possui competência para instituir tributos estaduais e municipais, além de contar com orçamento próprio.

Autonomia parcialmente tutelada pela União: O DF não tem competência para organizar e manter o Poder Judiciário local, isso é competência da União. A CF/88 determina que compete

privativamente à União organizar, manter e legislar sobre o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios.

Compete à União organizar e manter a Polícia Civil, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros do DF, bem como prestar assistência financeira ao DF para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio – Fundo Constitucional do Distrito Federal, Lei nº 10.633/02.

Ao DF são atribuídas as competências legislativas dos estados e dos municípios.

Observando as diferenças do DF para outras Unidades Federativas a tabela demonstra o quantitativo de órgãos no Executivo Distrital:

### *Poder Executivo*

**Tabela 1-** Quantidade de órgãos do Poder Executivo do Distrito Federal em 2012

Nome dos órgãos do Poder Executivo	Quantidade
Governadoria	1
Vice-Governadoria	1
Órgãos Especializados	5
Administrações Regionais	31
Órgãos Relativamente Autônomos	2
Autarquias	5
Autarquias em Regime Especial	5



Fundações	6
Empresas Públicas	7
Sociedades de Economia Mista	4
<b>Total</b>	<b>101</b>

Fonte: SECPLAN/DF 2012.

### *Poder Legislativo*

Câmara Legislativa do Distrito Federal

### *Poder Judiciário (União)*

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

### *Órgãos Independentes*

Tribunal de Contas do Distrito Federal

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (União)

## **3 Análise do Patrimonialismo na Administração Pública do DF**

Depois de observar os principais conceitos e características do patrimonialismo, como também a estrutura político-administrativa do DF, será feito levantamento na legislação e nos órgãos da Administração Pública Distrital, no intuito de identificar condutas patrimonialistas.

No DF os deputados são geralmente eleitos por suas “bases” nas cidades “satélites”<sup>1</sup>, ou seja, é o representante de determinada

---

<sup>1</sup> O Decreto nº 19.040, de 18 de fevereiro de 1998, proíbe a utilização de “satélite” para designar as cidades situadas no território do DF nos documentos oficiais e outros documentos públicos no âmbito do GDF.

Região Administrativa que detém o maior volume de votos, eleitores. Entretanto, o parlamentar pode ser votado por qualquer eleitor pertencente ao DF, segue-se a lógica proporcional como na disputa pelo pleito estadual nas outras Unidades Federativas (UFs). Assim, forma-se a composição da Câmara Legislativa do DF com 24 deputados eleitos pelo povo.

As eleições feitas para o governo do DF também são realizadas no mesmo ano que as eleições para deputado distrital, daí surgem as já tão conhecidas coligações partidárias para a integração ou continuação de um novo governo uma nova gestão pública. Estabelecidas as coligações, há um verdadeiro loteamento de cargos públicos no âmbito dos 101 órgãos do Governo do Distrito Federal, com o fulcro do Poder Executivo saciar as demandas da base aliada do Poder Legislativo.

### 3.1 Cargos Públicos como Prebendas<sup>2</sup> no DF

Diante desse cenário é possível a análise no que tange a aspectos patrimonialistas na LODF, no que se refere ao ingresso e composição de servidores públicos no âmbito do DF:

---

<sup>2</sup> O termo foi utilizado por Max Weber (2004), ao analisar os tipos de dominação. No patrimonialismo, que é uma forma de dominação tradicional, o aparelho de Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, de modo que a separação entre assuntos públicos e privados, entre patrimônio público e privado desaparece. O quadro administrativo é constituído de dependentes pessoais do governante - familiares ou agregados, amigos, pessoas ligadas a ele por vínculos de fidelidade e troca de favores.

Art. 19. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Distrito Federal, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, transparência das contas públicas, razoabilidade, motivação e interesse público, e também ao seguinte: (Caput com a redação da Emenda à Lei Orgânica nº 68, de 2013).

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e pelo menos cinquenta por cento dos cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos e condições previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

O concurso público é ferramenta de recrutamento e seleção advinda da meritocracia (reforma burocrática) e pode ser considerado o rompimento mais proeminente da antiga e supracitada maneira patrimonial de alocar pessoas no serviço público (clássica prebenda), como também uma forma mais profissional de tratar o Estado.

Mas em análise à LODF e ao percentual nos órgãos distritais, a título de manutenção da governabilidade, o cargo comissionado é utilizado como regra para a manutenção e funcionamento das instituições de governo e não ao contrário. Na Administração Pública passada e recente do DF, em análise do artigo 19, combinado com o inciso V, revela que a quantidade mínima para cargos em comissão (livre provimento e nomeação) é de 50% para servidores de carreira, a outra metade é destinada a pessoas sem vínculo com o serviço público no âmbito dos órgãos da Administração Pública Distrital. É importante salientar que o cargo comissionado é destinado apenas para atribuições de direção, chefia e assessoramento.

O DF, por sua vez, utilizando-se da omissão regulamentar legislativa para alocar esse percentual de 50%, engloba todo o Poder e não a porcentagem legal em cada órgão dos Poderes, o que transforma os órgãos do Governo do Distrito Federal (GDF) numa anomalia administrativa, maculando veementemente a razoabilidade e moralidade, princípios basilares da LODF e da CF/88.

A situação ficou tão insustentável, com percentuais tão discrepantes nos órgãos do executivo distrital, que a mídia e os diversos meios de comunicação pressionaram o governo à regulamentação e no ano de 2012 o GDF decidiu regulamentar o artigo da LODF. Tendo o governo a maioria na Câmara Legislativa, o projeto de lei foi discutido e aprovado, mas foi aprovado ratificando a conduta patrimonialista existente ao invés de consagrar os 50% para cada órgão. Segue abaixo trecho específico da lei:

Lei nº 4.858, de 29 de junho de 2012.

Publicação: DODF nº 128, de 2/7/2012. Págs. 1 e 2.

Regulamenta, no Poder Executivo, o art. 19, inciso V, da Lei Orgânica do Distrito Federal e dá outras providências.

Art. 2º Pelo menos cinquenta por cento do total de cargos em comissão, incluídos os cargos de natureza especial, da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, devem ser exercidos por servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo.

§ 3º A apuração dos cinquenta por cento de cargos em comissão de que trata este artigo é feita em relação ao total de cargos em comissão da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo.

Com o respaldo legislativo, regulando questão tão polêmica, a tabela 2 apresenta o percentual quantitativo de servidores comissionados no ano de 2013 que não pertencem ao quadro efetivo no âmbito da Administração Pública do DF nos Três Poderes (Poder Judiciário e MPDFT pertencem à União):

**Tabela 2-** Percentual de comissionados sem vínculo nos Poderes do DF em 2013

<b>Poder / Órgão DF</b>	<b>Percentual de comissionados (sem vínculo)</b>
Câmara Legislativa do DF	77,2%
Governo do Distrito Federal	48,2%
Tribunal de Contas do DF	30,3%
Tribunal de Justiça do DF e Territórios (União)	1,2%
Ministério Público do DF e Territórios (União)	5%

Fonte: Correio Braziliense, Helena Mader (8/1/2014).

A primeira constatação é a enorme diferença de percentual de comissionados sem vínculo dos órgãos atuantes no DF e os pertencentes à União como o MPDFT (5%) e o TJDF (1,2%). Realidade essa muito diferente quando se trata do Poder Legislativo, em que dos 1.070 servidores comissionados da Câmara Legislativa 826 foram indicados por políticos da Casa.

Já o Poder Executivo, que é o maior provedor de servidores por sua essencial missão na LODEF, abarca o maior contingente de servidores públicos e é principalmente nesse Poder em que incide

a utilização da máquina pública como “moeda de troca” para as coligações político-partidárias. O limite de 50%, de acordo com a Lei Distrital 4858/2012 aprovada, está sendo respeitado pelo GDF (17.635 mil servidores sem concurso em cargos em comissão equivalente a 48,2%). Entretanto, essa delimitação é na composição geral dos órgãos do Executivo distrital. A título de exemplo, alguns órgãos do Executivo e o número de servidores comissionados (sem vínculo) no ano de 2013:

**Tabela 3-** Percentual de comissionados sem vínculo em alguns órgãos do GDF

<b>Secretarias</b>	<b>Percentual Comissionados (sem vínculo)</b>
Micro e Pequena Empresa	91%
Mulher	78%
Assuntos Estratégicos	92%
Comunicação Social	92%
Entorno	93%
Justiça	79%
Regularização e Condomínios	84%
Trabalho	87%
Transportes	73%
Copa	85%
Idoso	98%

<b>Outros Órgãos</b>	<b>Percentual Comissionados</b>
Arquivo Público	60%
Ceasa	58%
Codhab	85%
Codeplan	65%
Terracap	55%
Novacap	89%
DFtrans	63%
Iprev	82%

Fonte: Correio Braziliense, Helena Mader (8/1/2014).

Tal disparidade foi tamanha e tão desproporcional que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios entrou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação ao §3º do art. 2º da Lei Distrital nº 4.858, de 29/6/2012. Abaixo segue um trecho da fundamentação utilizada pela procuradora de Justiça Zenaide Souto Martins:

Em outras palavras, o tratamento dado ao tema pela Lei 4.858, em lugar de maximizar a eficácia da norma constitucional para toda a Administração Pública, enseja que a Carta Política local valha nada para alguns e mais do que preceitua para outros. Certamente, não é essa a orientação fixada pelos postulados da razoabilidade e da moralidade. Não há como admitir o entendimento ao mandamento constitucional na apuração em exercício de atividade puramente discricionária do Poder Público, dependente da escolha do Administrador onde serão providos cargos em comissão com servidores efetivos ou onde se permitirá o ingresso de pessoas estranhas aos quadros do funcionalismo público.

Ao assim preceituar o modo de apuração do quantitativo de cargos em comissão, o legislador distrital contrariou exatamente o mencionado topoi que impede, no exercício da atividade de conformação de preceito constitucional, a devolução da atividade regulamentadora à discricionariedade administrativa. Essa devolução, que frustra o preceito constitucional, substancia a ora apontada contrariedade aos postulados da moralidade e da razoabilidade, igualmente consagrados no art. 19 da LODF. (DISTRITO FEDERAL, 2012b, p. 13-14).

Por unanimidade o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do §3º do art. 2º da Lei Distrital nº 4.858, de 29/6/2012, com efeitos *ex-tunc* e eficácia *erga omnes*. Declarada a inconstitucionalidade da lei, o Tribunal de Contas do DF e o MPDFT passaram a exigir o patamar de 50% para cada órgão do Executivo. É importante salientar o voto do relator do processo, desembargador J. J. Costa Carvalho:

Apesar de o Governador defender que a definição do percentual é de sua competência, em razão da governabilidade, é importante esclarecer que a insurgência não é dirigida ao número em si, mas à forma de distribuição dos servidores comissionados dentro da Administração Pública. O percentual, inclusive, é previsto originariamente na Lei Orgânica.

A disposição legal impugnada, ao determinar que a base de incidência é o total de cargos comissionados da Administração, esvazia a disposição prevista na LODF, que, ao prever que metade dos cargos comissionados deve ser preenchido por servidores efetivos, busca uma proporcionalidade em cada órgão ou entidade individualmente considerados, evitando a prevalência de servidores sem vínculo em detrimento dos concursados.

Além disso, o parágrafo 3º do art. 2º da Lei 4.858/2012 viola os princípios constantes do caput do art. 19, segundo o qual



“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Distrito Federal, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, motivação e interesse público...”. Em que pese a própria Constituição Federal garantir o cargo comissionado, buscando conciliar a regra do concurso público e a governabilidade, a exceção não pode virar regra, ainda que somente em alguns órgãos da Administração, ainda mais porque tais cargos são reservados às atribuições de chefia, assessoramento e direção.

Com efeito, o dispositivo legal não é razoável, porque restringe a norma constitucional, afastando a sua eficácia no âmbito da Administração Pública. Tampouco é proporcional, porque, a pretexto de manter a governabilidade, fulminaria com outros valores constitucionais, como a regra do concurso público. Conforme ensina Pedro Lenza, “sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição de outros valores constitucionalizados”.

O artigo também viola o princípio da moralidade, porque, mesmo em se entendendo necessária uma margem de discricionariedade e flexibilidade na condução da política, não é crível admitir que algumas das estruturas da Administração sejam ocupadas integralmente por servidores não efetivos. No linguajar popular, em muitos órgãos da Administração existiriam mais chefes que subordinados! É importante enfatizar que a moralidade administrativa, também prevista na CF, não está sujeita a uma análise de oportunidade e conveniência; ao contrário, sujeita-se a uma aferição de ilegalidade. Na visão da doutrina, a “moralidade administrativa independe da concepção subjetiva (pessoa) da conduta moral, ética, que o agente público tenha; importa, sim, a noção objetiva, embora indeterminada, passível de ser extraída do conjunto de normas concernentes à conduta de agentes públicos, existentes no ordenamento jurídico”. (DISTRITO FEDERAL, 2012b, p. 10-11).

Todavia, mesmo com a derrocada do §3º do art. 2º da Lei Distrital nº 4.858, de 29/6/2012, e a obrigatoriedade de se respeitar

o percentual de 50% (cargos comissionados sem vínculo em cada órgão e não no Poder como um todo) houve descontentamento por parte do Governo e de muitos parlamentares. Tal medida enfraqueceria as barganhas políticas entre os Poderes, pois a criação ou mesmo a transformação de órgãos eminentemente para atendimento de demandas políticas se enfraqueceria.

Então, em agosto de 2013, o GDF enviou o Projeto de Emenda da Lei Orgânica N°57/2013, que altera diversos dispositivos da LODF, para adaptá-la à Constituição da República Federativa do Brasil. Entretanto, em meio a tantas modificações no projeto, surge na Comissão Especial para Análise das Propostas de Emenda à Lei Orgânica o Parecer n° 2 CEPGLO/2014, que configura nova tentativa temerária de se estabelecer a distribuição da porcentagem global de servidores comissionados ao Poder. O parecer foi aprovado pelos parlamentares da Comissão. Segue o argumento utilizado na questão, exarado pela relatora do projeto, deputada distrital Arlete Sampaio:

Relativamente à terceira inovação proposta na PELO n. 57/2013, a consideramos igualmente meritória. Pretende o novel parágrafo 9 do art. 19 que a apuração do percentual de que trata o inciso V do mesmo artigo seja feita em relação ao somatório dos cargos em comissão providos na administração direta, autárquica e fundacional de cada Poder. Ora, a forma de cálculo proposta harmoniza-se com o parâmetro federal, fixado pelo Decreto Presidencial n. 5.497, de 21 de julho de 2005, cujo art. 1º, parágrafo 4º, determina que os percentuais dos cargos em comissão providos por servidores de carreira sejam aferidos em relação ao conjunto de órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Por total compatibilidade com o

modelo adotado na esfera federal é que consideramos meritória, no ponto, a inovação PELO n. 57/2013.

### 3.2 Administração Regional “Cabide de Emprego”

A atipicidade da figura da Administração Regional abre margem à ampla discricionariedade por parte do Poder Executivo, que faz uso desse órgão para suprimento de demandas políticas. A seguir trecho da LODF sobre as Administrações Regionais:

Art. 10. O Distrito Federal organiza-se em Regiões Administrativas, com vistas à descentralização administrativa, à utilização racional de recursos para o desenvolvimento socioeconômico e à melhoria da qualidade de vida.

§ 1º A lei disporá sobre a participação popular no processo de escolha do Administrador Regional.

Art. 11. As Administrações Regionais integram a estrutura administrativa do Distrito Federal.

Art. 12. Cada Região Administrativa do Distrito Federal terá um Conselho de Representantes Comunitários, com funções consultivas e fiscalizadoras, na forma da lei.

Art. 13. A criação ou extinção de Regiões Administrativas ocorrerá mediante lei aprovada pela maioria absoluta dos Deputados Distritais. (DISTRITO FEDERAL, 1993, p. 3).

Por mais de vinte anos essas leis ainda não foram editadas por parte do Poder Legislativo. A inércia do Executivo local em todo esse tempo em propor um projeto de lei para regulamentação da questão foi objeto de análise que culminou na proposição de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, uma impetrada pelo MPDFT, outra pela OAB/DF. O TJDF acatou por unanimidade o pleito. Faz-se mister as palavras do desembargador relator da ADI, George Lopes Leite: “O que temos hoje tem se demonstrado

um desastre. As administrações não podem servir como cabide de empregos, mas são um instrumento de extrema importância para o cidadão”. A Notícia extraída do *site* do TJDFT compila a decisão a respeito da omissão legislativa:

Em sessão realizada nesta terça-feira, 14/1/2014, o Conselho Especial do TJDFT julgou procedente duas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e determinou ao chefe do executivo local o prazo de 18 meses para elaboração e encaminhamento de projeto de lei sobre participação popular na escolha de administrador regional e formação de conselho de representantes comunitários. A decisão foi por maioria de votos e o prazo começa a contar a partir da comunicação do acórdão. Em seguida foi julgado um mandado de injunção sobre o mesmo assunto, que foi julgado extinto, por perda superveniente do objeto. Uma das ações tinha como autor a Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e a outra, o Conselho Seccional da OAB/DF. Devido à conexão dos pedidos foi feita a reunião dos processos. O objetivo das ações foi sanar omissão do governador do DF em deflagrar o processo legislativo de elaboração e aprovação de lei regulamentadora dos artigos 10, § 1º e 12, da Lei Orgânica do Distrito Federal, que determinam a participação popular na escolha do Administrador Regional e formação de Conselho de Representantes Comunitários de cada Região Administrativa da capital federal. Os autores alegam que a Lei Orgânica do DF conferiu privativamente àquela autoridade a iniciativa de lei para estruturar e organizar os órgãos e entidades da administração pública direta e os cargos e servidores de sua composição e que o Supremo Tribunal Federal reputou constitucional a determinação ao julgar a ADI 2.558. Por isso, requereram a procedência da ação para que fosse reconhecida a mora legislativa, fixando-se prazo para o governador encaminhar o projeto de lei que regulamente os dispositivos da LODEF. De acordo com o voto do relator, os artigos 10, § 1º e 12, da Lei Orgânica do Distrito Federal são dispositivos de eficácia limitada, que precisam de lei para produzir efeitos, cabendo ao chefe do poder executivo elaborar a norma regulamentadora. O magistrado afirmou que a participação popular é um requisito

exigido pela lei e sem ela o resultado pode ser desastroso. Segundo ele, não pode haver burla de exigência de caráter constitucional, pois a exigência de participação popular serve para impedir abusos e desvios de finalidade. A maioria dos desembargadores do Conselho Especial acompanhou o voto do desembargador relator.

Tal medida busca sanear anomalia patrimonialista já estabelecida no âmbito da escolha do administrador regional. O administrador regional é nomeado pelo governador do DF. Entretanto, com o fito de estabelecer coligações político-partidárias, a escolha do administrador é realizada na maioria das vezes por indicação do deputado distrital integrante da base aliada do governo, que escolhe pessoa de confiança para dar continuidade aos interesses políticos eleitorais na RA na qual se estabeleceu acordo com o governo.

Geralmente o deputado que tem maior votação em determinada RA e faz parte da base aliada indica o administrador que é uma espécie de “braço direito” do deputado ou importante figura no cenário político local. Os outros cargos dentro da RA, por sua vez, são distribuídos entre a equipe desse deputado, transformando a Administração Regional em um “cabide de emprego” para “cabos eleitorais”, distanciando-se assim da finalidade de servir o público para servir interesses de poder, ocasião típica advinda do patrimonialismo (troca de favores) e suas novas adaptações ao Regime Democrático de Direito classificadas como fisiologismo e clientelismo.

Na tabela 4, o número assustador de servidores comissionados sem vínculo nas Administrações Regionais:

**Tabela 4-** Percentual de comissionados sem vínculo nas Administrações Regionais

<b>Administração Regional</b>	<b>Percentual de comissionados sem vínculo</b>
Ceilândia	87,00%
Fercal	93,00%
Águas Claras	94,00%
Brasília	93,00%
Brazlândia	80,00%
Candangolândia	86,00%
Planaltina	88,00%
Samambaia	85,00%
Santa Maria	94,00%
São Sebastião	91,00%
Sobradinho	87,00%
Sobradinho II	88,00%
Taguatinga	91,00%
Cruzeiro	94,00%
Gama	90,00%
Guará	96,00%
Itapoã	91,00%
Jardim Botânico	91,00%
Lago Norte	87,00%
Lago Sul	91,00%
Núcleo Bandeirante	85,00%
Paranoá	92,00%
Park Way	90,00%
Recanto das Emas	89,00%
Riacho Fundo	92,00%
Riacho Fundo II	90,00%

---

SCIA	89,00%
SIA	96,00%
Vicente Pires	90,00%
Sudoeste/Octogonal	98,00%

Fonte: Correio Braziliense, Helena Mader (8/1/2014).

Em análise realizada de ambos os casos, tanto da comissão legislativa na utilização de cargos públicos como prebendas, como da omissão legislativa para postergar a participação popular na indicação do administrador regional, patenteiam o resquício secular do patrimonialismo na administração pública do DF.

#### **4 Consequências do Patrimonialismo na Administração Pública do DF**

Por intermédio da análise do patrimonialismo na estrutura da administração pública distrital, foi possível encontrar aspectos dessa arcaica forma de gerir o Estado principalmente no que tange à forma de alocação de pessoas no serviço público, como também na sua estrutura organizacional descentralizada (as Administrações Regionais). Ambos os fatos analisados com origem no patrimonialismo geram discrepâncias na gestão da coisa pública.

##### **4.1 Amadorismo na Prestação do Serviço Público**

A primeira consequência dessa prática é o amadorismo na prestação do serviço público. Como visto acima, constatou-se um grande percentual de servidores comissionados sem vínculo

como maioria do quadro de servidores em vários órgãos do DF. Essa desproporcionalidade constatada gera consequências no âmbito da prestação de serviços públicos, desprofissionalizando a máquina pública em detrimento da utilização dos órgãos para alocar pessoas como “moeda de troca” para apoios político-partidários.

Para efeito de amostragem, utilizando o Relatório Anual de Atividades da Ouvidoria Pública do DF, na tipologia Reclamações, as maiores reclamações no ano de 2013 estão associadas ao transporte público, conforme o quadro:

**Tabela 5-** Quantitativo e ranking de reclamações na Ouvidoria do GDF 2013

<b>Ranking Reclamações</b>	<b>56216</b>	<b>100,00%</b>
Descumprimento de horário na parada de ônibus	3253	6,29%
Má conduta do motorista de ônibus	2836	5,48%
Falta de pontualidade do transporte	1946	3,76%
Mau atendimento em unidade de saúde	1647	3,18%
Dificuldade no agendamento da consulta	1551	3,00%
Reclamação sobre poluição sonora	1513	2,92%
Falta de ônibus	1485	2,87%
Falta de medicamento na rede SUS	1207	2,33%
Falta de especialidade médica	874	1,69%
Atendimento inadequado em órgão público	869	1,68%

Fonte: Relatório Anual de Atividades da Ouvidoria Pública do DF ano de 2013.



Obviamente os fatores que levaram os cidadãos às reclamações são multifatoriais, entretanto, com esse dado é possível estabelecer uma relação com a falta de profissionalização do órgão destinado a formular, executar e monitorar as políticas públicas de transporte, ou seja, a Secretaria de Transportes, que como evidenciado anteriormente possui 73% do quadro de servidores públicos comissionados sem vínculo, o que acaba direta ou indiretamente afetando a qualidade na prestação de serviços públicos, podendo ser considerado como um “órgão político” de atendimento à demanda política, pois é bastante desproporcional o número de servidores comissionados.

Nesse mesmo quadro é importante salientar o relevante número de reclamações a respeito do atendimento em órgão público, 859 cidadãos formalizaram reclamações a respeito do atendimento.

Outro dado do relatório é a estatística no que se refere a órgãos demandados. A partir da mesma análise supracitada é possível observar que os órgãos mais demandados do DF possuem relação com o número de servidores comissionados sem vínculo, que ultrapassam os 50% estipulados em lei para cada órgão, o que nos remete à falta de qualidade na prestação de serviço público do órgão devido à politização das instituições:

**Tabela 6-** Órgãos mais demandados na ouvidoria do GDF e o número de servidores comissionados sem vínculo

<b>Classificação dos órgãos mais demandados do DF na Ouvidoria</b>	<b>Número/ porcentagem de demandas a Ouvidoria</b>	<b>Porcentagem de servidores comissionados sem vínculo</b>
2º lugar DFtrans	15. 919 / 13,73%	63%
3º lugar Novacap	11.022 / 9,55%	89%

Fonte: Relatório da Ouvidoria do DF 2013 / Correio Braziliense - Helena Mader.

Ainda utilizando o relatório da Ouvidoria na tipologia Denúncias, é constatado que as maiores denúncias se referem a obras, invasões e construções irregulares, de acordo com a tabela:

**Tabela 7-** Quantitativo e ranking de denúncias na Ouvidoria do GDF

<b>Ranking Denúncias</b>	<b>9.608</b>	<b>100,00%</b>
Construção irregular de obras privadas	1.351	14,83%
Invasão de área pública	1.003	11,01%
Obra/edificação sem alvará de construção	391	4,29%
Invasão de área pública residencial	263	2,89%
Descumprimento da carga horária	262	2,88%
Denuncia de irregularidade de unidade educacional	237	2,60%
Abuso de autoridade praticado por servidor público	218	2,39%

Uso indevido de veículo oficial	209	2,29%
Violência contra o idoso	190	2,09%
Construção irregular em área pública	187	2,05%

Fonte: Relatório Anual de Atividades da Ouvidoria Pública do DF ano de 2013.

Interessante notar que um aspecto da área social foi configurado na estatística de denúncias, a violência contra o idoso. 190 pessoas denunciaram; parece pouco expressivo, entretanto esse dado foi formalizado, sendo incomum esse tipo denúncia ao órgão de ouvidoria, situação essa que ratifica a necessidade de melhorias nas políticas públicas de proteção ao idoso. Mais incomum ainda é a criação de uma secretaria específica para atendimento das demandas do idoso, atitude louvável se não fosse o interesse eminentemente político. Nota-se claramente essa intenção por intermédio do quantitativo de servidores comissionados na Secretaria do Idoso (98% comissionados sem vínculo), o que acaba interferindo na qualidade dos serviços da pasta.

## 4.2 Corrupção

Outra distorção advinda do patrimonialismo é a corrupção. Uma chaga extremamente contumaz na história recente do DF. Praticamente em todas as gestões, como na atual, existem condutas que se transformam em processos por práticas subversivas à moralidade apregoada na CF/88 e LODF, seja por

ação ou omissão na gestão pública e dos recursos públicos. A corrupção no DF chegou a patamares tão altos que no ano de 2010 o procurador-geral da República, à época Roberto Gurgel, formulou parecer pedindo Intervenção Federal no DF, segue abaixo parte do argumento utilizado no parecer:

Cumpre enfatizar que a intervenção não é uma violência aos poderes constituídos; ao contrário, é um remédio para situações de “metástase institucional”, como bem qualificou o Presidente do Supremo Tribunal Federal. Violência, de fato, foi a ação prévia não só de irresponsabilidade como de crime coletivo cometido pelos agentes públicos, bem assim a notória indolência quanto ao encargo de apurar responsabilidades.

Violência à autonomia é, sob a aparência da normalidade institucional, pretender a locupletação do bem público e a perpetuação da irresponsabilidade administrativa, política e criminal. É o fato de a Câmara não só participar, como negar-se peremptoriamente – por seus atos protelatórios e contrários às exigências constitucionais – a cumprir seus deveres apuratórios.

A seguir interessante trecho utilizado no parecer para Intervenção Federal do documento recebido de líderes comunitários do DF a respeito da corrupção:

A corrupção é ruim não apenas porque é proibida por lei. Não só porque representa ameaça ao dinheiro público. Muito mais grave, a corrupção é ruim, sobretudo, porque solapa a confiança mútua que deve sustentar a sociedade entre pessoas. Este o sentido clássico do termo: numa sociedade corrupta, a depravação estabelece-se como parâmetro, e a conduta ética é vista como uma excentricidade, quando não como motivo de risadas. Como elucida Renato Janine Ribeiro, acerca da corrupção como um dos maiores ‘inimigos da república’:

‘Qual a sua ideia de corrupção? É quase certo que você fale em desvio, por um administrador desonesto, do dinheiro público. É a ideia que se firmou hoje em dia. Mas, antes disso, a corrupção era termo mais abrangente, designando a degradação dos costumes em geral. (...)’

Pensar o mau político como corrupto e, portanto, como ladrão simplifica demais as coisas. É sinal de que não se entende o que é a vida em sociedade. O corrupto não furta apenas: ao desviar dinheiro, ele mata gente. Mais que isso, ele elimina a confiança de um no outro, que talvez seja o maior bem público. A indignação hoje tão difundida com a corrupção, no Brasil, tem esse vício enorme: reduzindo tudo a roubo (do ‘nosso dinheiro’), a mídia ignora – e faz ignorar – o que é a confiança, o que é o elo social, o que é a vida republicana’.

Analisando o incrível número de servidores comissionados sem vínculo nas Administrações Regionais observamos que a qualidade na prestação do serviço público fica comprometida e esse é um fator que contribui demasiadamente para desprofissionalização dos serviços. Essa questão de utilização das RAs como “cabide de emprego” e a nomeação aleatória do administrador regional influenciaram direta ou indiretamente no recente caso de corrupção deflagrado pela operação Átrio, da Polícia Civil em conjunto com o MPDFT:

Na manhã desta quinta-feira, dia 7 de novembro de 2013, os promotores de Justiça Criminais de Taguatinga, com o apoio do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco) do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e da Delegacia Especializada de Combate ao Crime Organizado (Deco) da Polícia Civil do DF, cumpriram dois mandados de prisão temporária, dez mandados de condução coercitiva e buscas e apreensões em 13 endereços. A Operação Átrio atende a decisão da 2ª Vara Criminal de Taguatinga.

As investigações envolvem corrupção de agentes públicos por violarem exigências urbanísticas e ambientais referentes a diversos empreendimentos imobiliários nas Regiões Administrativas de Taguatinga e Águas Claras. Além da concessão ilegal de alvarás, os empreendimentos causaram danos urbanísticos, provocando transtornos à população local. O Ministério Público ressalta que as pessoas presas temporariamente e conduzidas à Delegacia, assim como aquelas contra as quais foram executadas ordens de busca e apreensão em seus domicílios ou residências, são presumidamente inocentes até prova em contrário. (MPDFT..., 2013).

Em análise as RAs investigadas criminalmente a Administração Regional de Taguatinga possui um quantitativo de 91% de servidores comissionados sem vínculo, já a Administração Regional de Águas Claras possui um quantitativo de 94%. Ambas com índices extremamente desproporcionais ao estabelecido lei, chefiadas por administradores que não tiveram a legitimidade popular direta.

## **5 Ensaios à Ruptura do Resquício Patrimonialista no DF**

Os exemplos acima demonstram a título de amostragem como a politização dos órgãos afeta a qualidade do serviço público ao usuário final, o cidadão, e que esse amadorismo é perceptível e apontado pela população. Isso sem mencionar as inúmeras reclamações, denúncias e queixas que não são formalizadas pelo povo. Diante da problemática constatada é possível realizar algumas elucubrações referentes à:

### *Regulamentação da LODF e Votação Direta para Administrador Regional*

No campo da legislação do DF, diversas são as leis que corroboram para o patrimonialismo, as chamadas “brechas legislativas”. Objetivamente identificada seria a mudança ou a regulamentação de alguns pontos da LODF, principalmente no que tange à nomeação do administrador regional ter a legitimidade da população da RA por intermédio do escrutínio direto, minimizando as “costuras políticas” entre Legislativo e Executivo na nomeação do administrador local, por meio da escolha popular consolidar a Administração Regional como órgão de governo não “do governo”.

### *Abertura de Concurso Público nos Poderes Legislativo e Executivo*

Notadamente verificam-se ilhas de excelência onde existe maior número de servidores estatutários. Assim, para melhorar a situação nas administrações regionais, nas secretarias e no parlamento do DF, é condição *sine qua non* a abertura de concurso público, recrutar e selecionar cidadãos para a investidura pública por mérito e não para saciar conluios político-partidários, preceito já consolidado no Brasil nas reformas burocrática e gerencial. Isso para começar a desconstruir a cultura arcaica e pernicioso do fisiologismo e clientelismo na alocação de pessoas no DF. E principalmente o respeito à norma condizente ao princípio da proporcionalidade, de no máximo 50% dos servidores sem vínculos em cada órgão do Poder Executivo.

### *Mudança Cultural*

O constante atentado à moralidade também é ponto comum no DF e a resolução para o estigma do patrimonialismo seria a mudança na cultura dos agentes políticos e depois nas instituições e órgãos, para deixar de ter como prioridade a manutenção no poder do interesse pessoal, para dispor dos recursos públicos com o fito único e exclusivamente de promover o bem-estar da população. Obviamente para isso é necessário um processo de amadurecimento paulatino na conduta ético-moral de todo aquele que pleiteie e esteja investido de uma função pública.

Os aspectos analisados são os mais proeminentes, pois o patrimonialismo é resquício histórico-cultural no modo de gerir a coisa pública que abarca a conjectura política, social, administrativa, constitucional e sociológica do DF e do Brasil.

## **6 Conclusão**

O patrimonialismo no Brasil é herança do antiquado modelo de gestão proveniente ainda do império português; com as reformas constitucionais e administrativas as características patrimoniais foram diluindo-se, entretanto, não desapareceram. No intuito de encontrar características do patrimonialismo na gestão pública de uma atual Unidade da Federação, essa pesquisa constatou o *modus operandi* patrimonial em algumas práticas administrativas executadas a partir da LODF e outras legislações, principalmente no que tange à organização administrativa e alocação de pessoas no serviço público do DF.



Por ser um ente federado anômalo, o DF possui peculiaridades que aumentam a discricionariedade do Poder Executivo, como também o dota de maior autonomia administrativa, por intermédio da criação das Regiões Administrativas. Numa análise com dados secundários foi encontrado na LODF diversas normas de eficácia contida e limitada, como a participação popular na nomeação do administrador regional e a questão do percentual da nomeação de servidores comissionados sem vínculo.

Na análise efetuada referente à organização administrativa do DF verificou-se o fisiologismo e o clientelismo, no intenso intercâmbio político-partidário entre os Poderes Executivo e Legislativo, e a falta de legitimidade na nomeação dos administradores regionais. No que diz respeito à forma de ingresso de pessoas no serviço público, encontrou-se a omissão legislativa, a utilização de órgãos públicos como prebendas, os “cabides de empregos”, com percentuais elevadíssimos de servidores que não constam nos quadros efetivos dos órgãos. Essas condutas são típicas do passado patrimonial, em que a finalidade do ato público era motivada por interesses particulares.

Outros aspectos relevantes revelados na pesquisa foram as consequências geradas pela conduta patrimonial, que se destacam duas: o amadorismo na prestação de serviços públicos e a corrupção. Frutos da essência do patrimonialismo, ambas as condutas são a discrepância mais evidente desse modo de gerir a coisa pública, a finalidade de qualquer ato público é a de servir a coletividade e com o estilo patrimonial ainda vigente no “espírito”

dos agentes públicos ao longo da curta história do DF, essas condutas imorais tornam-se incompatíveis com os anseios cada vez mais apurados da população, que almeja o serviço público probo e de qualidade.

Situação essa geradora de diversos descontentamentos por parte do povo que se materializa por meio de petições, reclamações e até manifestações em vias públicas. Em divagações sobre a problemática, foi sugerida uma mudança cultural holística; no que se refere a medidas de curto prazo, são sugeridas mudanças pontuais como o respeito às determinações judiciais, a regulamentação dos artigos LODF, a votação direta para administrador regional e a abertura de concurso público para os poderes Executivo e Legislativo.

Cabe ressaltar que a análise do patrimonialismo é extremamente profunda e abrangente, remonta toda vivência histórico-cultural da origem e formação do país. Os aspectos analisados são algumas das muitas evidências dessa chaga e a resolução de problema tão enraizado no âmago das instituições seria a radical mudança não só de algumas legislações, mas principalmente no “espírito público” dos agentes políticos a mudança no “fazer política” no DF, com modificação sistêmica também em âmbito nacional.

Assim, foi evidenciado e caracterizado o patrimonialismo e suas consequências perniciosas na prestação de serviço público à população do DF.

**Title:** Analysis of Patrimonialism within the Public Administration of the Federal District

**Abstract:** The objective of this research is to identify and analyze evidence of Patrimonialism within the Public Administration of the District. It is also meant to observe, through the Organic Law of the Federal District, the main aspects of the laws and in the attitudes of executive and legislative branches, indicating an equity conduct, analyze how and where this occurs with higher incidence conduct in a current Unit of the Federation in the 21st century. Finally, it will be pointed out, after the analysis of Patrimonialism, some consequences of such practice in the organizations and the provision of public services to citizens, how this problematic impacts on the quality and professionalism of district's public institutions and possible solutions to minimize this secular, vicious archaic practice of Patrimonialism within the public management of the District.

**Keywords:** Analysis. Public management. Patrimonialism. Federal District. Government branches. Public services.

## Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 1 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. *Pedido de Intervenção Federal IF N° 5.179/DF*. Brasília, DF, 16 mar. 2010. Disponível em: <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-dosite/copy\\_of\\_pdfs/IF-5179-DF.pdf](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-dosite/copy_of_pdfs/IF-5179-DF.pdf)>. Acesso em: 3 abr. 2014.

DIEGUES, Geraldo César. *Do Patrimonialismo ao paradigma gerencial: paradoxos na administração pública municipal de Caeté – MG*. 2008. 167 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdades Novos Horizontes, Belo Horizonte, 2008.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). *Decreto n° 19.040, de 18 de fevereiro de 1998*. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <[http://www.sedhab.df.gov.br/images/estudos\\_territorias/dossie\\_ras/legislacao\\_distrital/decret\\_o\\_19040\\_18022001.pdf](http://www.sedhab.df.gov.br/images/estudos_territorias/dossie_ras/legislacao_distrital/decret_o_19040_18022001.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Governo do Distrito Federal. *Projeto de Emenda à Lei Orgânica n° 57/2013*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaProposicao-9!57!2013!visualizar.action>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 4.858, de 29 de junho 2012*. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=4858&txtAno=2012&txtTipo=5&txtParte=>>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei Orgânica do Distrito Federal, de 8 de junho de 1993*. Brasília, DF, 1993. Disponível em: <<http://www.cl.df.gov.br/pesquisa-de-leis-e-proposicoes>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *[Peça] Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Brasília, DF, 20 jul. 2012. Disponível em: <[http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/noticias/2012\\_junho/ADI%20Lei%204858%20-%20apura%C3%A7%C3%A3o%20cargos%20em%20comiss%C3%A3o%20DF.pdf](http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/noticias/2012_junho/ADI%20Lei%204858%20-%20apura%C3%A7%C3%A3o%20cargos%20em%20comiss%C3%A3o%20DF.pdf)>. Acesso em: 1 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Ouvidoria Geral. *Relatório Anual de Atividades da Ouvidoria Pública do DF, ano de 2013*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.ouvidoria.df.gov.br/ouvidoriageral/relatorios.html>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Secretaria de Estado de Planejamento e Orçamento do Distrito Federal. *Órgãos do Poder Executivo Distrital*. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.seplan.df.gov.br/odf-em-numeros/organizacao-politica.html>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão nº 713958 do Processo nº 20120020168454adi. Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Conselho Especial. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://juris.tjdft.jus.br/docjur/712713/713958.Doc>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

DOURADO, Zildenor Ferreira. *Proposta que altera Lei Orgânica gera polêmica em comissão*. Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: <[http://www.cl.df.gov.br/uk/ultimasnoticias/-/asset\\_publisher/IT0h/content/proposta-que-altera-lei-organica-gera-polemica-emcomissao;jsessionid=17F1B8B68F58E48BEB635D39D9442898.liferay1?redirect=http%3A%2F%2Fwww.cl.df.gov.br%2Fuk%2Fultimas-noticias](http://www.cl.df.gov.br/uk/ultimasnoticias/-/asset_publisher/IT0h/content/proposta-que-altera-lei-organica-gera-polemica-emcomissao;jsessionid=17F1B8B68F58E48BEB635D39D9442898.liferay1?redirect=http%3A%2F%2Fwww.cl.df.gov.br%2Fuk%2Fultimas-noticias)>. Acesso em: 28 abr. 2014.

FADUL, Élvia; SOUZA, Antônio Ricardo de. Analisando a interface entre o gerencialismo, a criação das agências reguladoras e a inovação institucional. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 30., 2006. Salvador. *Anais...* Rio de Janeiro: ANPAD, 2006. 1 CD- ROM.

HELAL, D. H.; DIEGUES, G. C. Do patrimonialismo ao paradigma gerencial: paradoxos na administração pública municipal de Caeté, MG. *Administração Pública e Gestão Social*, Viçosa, MG, v. 1, n. 1, p. 23-45, 2009.

MADER, Helena. *Cabide de emprego nas administrações*. Disponível em: <<http://www.edsonsombra.com.br/post/cabide-de-emprego-nas-administracoes>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. *Farra de comissionados para atender os distritais*. Disponível em: <<http://www.edsonsombra.com.br/post/farra-de-comissionados-para-atender-os-distritais>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

MPDFT e Polícia Civil deflagram Operação Átrio. Brasília, DF, 7 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/noticias/noticias-2013/6496-mpdft-e-policia-civil-deflaram-operacao-atrrio>>. Acesso em: 8 abr. 2014.

TJDFT fixa prazo para governador elaborar projeto de lei para escolha de administradores. Brasília, DF, 1 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2014/janeiro/tjdft-fixa-prazo-paragovernador-elaborar-projeto-de-lei-sobre-participacao-popular-na-escolha-deadministradores>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

VELEZ-RODRIGUEZ, Ricardo. *Patrimonialismo e a realidade latino-americana*. Rio de Janeiro: Documenta Histórica, 2006.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Ed. UnB, 2004. v. 2.

---

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

NORMANDES, Davi Mendonça. Análise do patrimonialismo na administração pública do Distrito Federal. *Revista do Minis-*

*tério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 13-52, 2014. Anual.

---

**Submissão:** 5/5/2014

**Aceite:** 9/7/2014

---

# Aspectos da Tributação de Fatos Ilícitos

## Alexandre Parreira Guimarães

Analista Processual do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.  
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia-MG.

**Resumo:** O presente artigo visa a abordar os aspectos da tributação de fatos ilícitos, em especial a possibilidade ou não de sua ocorrência à luz do ordenamento jurídico, bem como qual a profundidade de sua eventual aplicação. A obra adota, como metodologia de trabalho, vasta pesquisa doutrinária acerca dos diversos posicionamentos existentes sobre o tema, com a necessária observância do entendimento jurisprudencial firmado. Nesse sentido, o presente trabalho constatou que a doutrina e a jurisprudência majoritárias admitem a tributação de fatos ilícitos, desde que o ilícito esteja na periferia da hipótese de incidência, qual seja, adotou-se entendimento moderado, em contraposição a uma tributação irrestrita. O estudo constata, também, que a repercussão no campo penal da tributação de fatos ilícitos não viola o princípio *nemo tenetur se detegere*, não constituindo autoincriminação a exigência de que o delinquente declare e recolha os tributos decorrentes de suas atividades criminosas.

**Palavras-chave:** Direito tributário. Tributação. Fatos ilícitos.

**Sumário:** Introdução. 1 A Obrigação Tributária. 2 O Princípio da Isonomia Tributária. 3 O Princípio da Capacidade Contributiva. 4 O Princípio *Pecunia Non Olet*. 5 A Doutrina da Intributabilidade dos Fatos Ilícitos. 6 A Interpretação Econômica do Fato Gerador. 7 A Tributação dos Fatos Ilícitos. 8 Aspectos Penais da Tributação de Fatos Ilícitos. 9 Conclusão. Referências.

## Introdução

O Estado, no exercício de seu poder de império, institui tributos com o intuito de obter recursos para a consecução de suas finalidades essenciais. A partir de tal consideração, na presente



obra, analisaremos a possibilidade de o Estado tributar, inclusive, os fatos ilícitos, bem como os aspectos que envolvem esse tipo de tributação.

Embora exista respeitável corrente doutrinária defensora da sua intributabilidade, é fato que o ordenamento jurídico pátrio, por meio do artigo 118 do Código Tributário Nacional, dispôs expressamente que o fato gerador da obrigação tributária deverá ser interpretado abstraindo-se a validade jurídica dos atos efetivamente praticados, reconhecendo-se, portanto, o princípio *pecunia non olet*, segundo o qual a ilicitude ou imoralidade constante do fato gerador não terá o condão de afastar a exigência do tributo.

A questão polêmica relaciona-se à abrangência desse dispositivo legal, havendo divergência doutrinária quanto à possibilidade de tributação irrestrita dos fatos ilícitos, tese que aceita, inclusive, que o ilícito seja elemento essencial do fato gerador. Por outro lado, uma corrente moderada posiciona-se contrariamente a essa possibilidade.

Os efeitos práticos da adoção de um ou de outro entendimento são significativamente diversos, o que demanda um estudo sério e que não se olvide dos princípios de direito tributário, do próprio conceito de tributo e das normas que orientam o intérprete para uma escoreita aplicação do Direito.

Os aspectos que serão abordados da tributação de fatos ilícitos também incluem as consequências de ordem penal, notadamente quanto ao princípio *nemo tenetur se detegere*, como

efeito direto da adoção de posicionamento favorável ao tema, considerando-se os tipos penais previstos na Lei nº 8.137/1990, inter-relacionados com os conceitos de obrigação tributária principal e acessória.

Objetiva-se, assim, identificar os argumentos doutrinários favoráveis e contrários à tributação dos fatos ilícitos, apresentando o seu alicerce legal e axiológico, de modo a melhor compreender os diversos fatores envolvidos no tema. No mesmo sentido, será analisado o entendimento jurisprudencial firmado sobre o assunto, demonstrando a tese aceita pelos tribunais pátrios e qual a profundidade da aplicação do mencionado princípio *pecunia non olet*.

## **1 A Obrigação Tributária**

O Estado necessita de recursos para a consecução de suas finalidades essenciais. Por essa razão, deverá eleger meios para a sua obtenção. No Estado Democrático de Direito, a principal fonte de recursos são os tributos.

Definido pelo artigo 3º do Código Tributário Nacional (1966) – CTN, tributo é 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”.

Segundo Luciano Amaro (2011, p. 271), “ao tratar da obrigação tributária, interessa-nos a acepção da obrigação como relação jurídica, designando o vínculo que adstringe o devedor a uma prestação em proveito do credor, que, por sua vez, tem o

direito de exigir essa prestação a que o devedor está adstrito”. Nesse sentido, não possui conceituação diferente daquela dada pelo direito civil, tendo por particularidade apenas o objeto, que será uma prestação de natureza tributária.

Na esteira do exposto, é a lei que estabelece uma obrigação jurídico-tributária, que será compulsória, independente da vontade do sujeito passivo, qual seja, daquele que é obrigado a dar parcela de seu patrimônio ao Estado, bem como a fazer ou não fazer alguma coisa. A natureza jurídica dessa obrigação é, portanto, *ex lege*, em observância ao princípio da legalidade tributária.

Assim sendo, tomemos como conceito de obrigação tributária aquele ensinado por Kiyoshi Harada (2012, p. 507), a saber:

[...] uma relação jurídica que decorre da lei descritiva do fato pela qual o sujeito ativo (União, Estados, DF ou Município) impõe ao sujeito passivo (contribuinte ou responsável tributário) uma prestação consistente em pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (art. 113, §1º, do CTN), ou prática de abstenção de ato no interesse da arrecadação ou da fiscalização tributária (art. 113, § 2º, do CTN).

Nos termos do mencionado artigo 113, *caput* e parágrafos, do CTN, a obrigação tributária poderá ser principal ou acessória. Será principal aquela que surge com a ocorrência do fato gerador, tendo por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Por sua vez, será acessória aquela outra que decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

Com efeito, o exercício da tributação pelo Estado sofre limitações de toda sorte, inclusive e principalmente pela própria Constituição Federal, justamente para que a busca por recursos para o atendimento de suas finalidades essenciais não acabe por sobrepor o interesse público secundário (de cunho patrimonial) ao interesse público primário (vinculado ao bem comum).

Para a presente obra, importa analisar alguns princípios que regem o direito tributário e que são fundamentais para a densificação do tema ora abordado, justamente por serem o suporte axiológico da teoria da tributação dos fatos ilícitos.

## **2 O Princípio da Isonomia Tributária**

A Revolução Francesa foi um episódio histórico com inequívoca demonstração da aspiração social pela superação do tratamento não isonômico dispensado aos indivíduos pelo *Ancien Régime*, cuja característica primordial era a divisão da sociedade em estamentos, com privilégios a uns em detrimento de outros (a grande maioria).

Ao auspício desse desejo burguês, cuja influência foi marcante em grande parcela dos Estados ocidentais, desenvolveu-se o princípio da igualdade, segundo o qual todos seriam iguais perante a lei – uma nítida manifestação do liberalismo clássico. Importante lembrar que esta igualdade era meramente formal à época.

A evolução da sociedade ocasionou posterior conscientização de que tratar igualmente os desiguais poderia ter consequências nefastas para os menos favorecidos, o que motivou

um aprimoramento do princípio da igualdade. Adotou-se, assim, concepção moderna mais ampla do que a de outrora. Se antes bastava a igualdade perante a lei, hoje buscamos equidade efetiva entre os indivíduos, aproximando-se, assim, de uma justiça distributiva.

Outrossim, a doutrina contemporânea não mais reporta a uma igualdade meramente formal, que não esteja atenta à realidade social. Pelo contrário, a isonomia implica, além de tratar igualmente os iguais, tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Por essa razão, aqueles que estão em situação não isonômica, inclusive e principalmente do ponto de vista da distribuição dos recursos econômicos na sociedade, devem ser tratados de maneira diferente, fato que tem por escopo a justiça social. Por óbvio, deverá haver correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação procedida (MELLO, 1995).

O princípio da igualdade no direito pátrio está insculpido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, na forma de uma isonomia genérica, dispondo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deste modo, a orientação constitucional é pelo tratamento isonômico, sendo importante afirmar que tal princípio reveste-se de caráter fundamental, não sendo passível de abolição em nosso ordenamento jurídico, inclusive por emenda à Constituição.

Como bem ressaltado pelo eminente Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 9), em relevante obra sobre o conteúdo jurídico do princípio em foco, a norma magna de igualdade é voltada

“[...] quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas”.

Na seara tributária, o comando específico de igualdade está no artigo 150, inciso II, da mesma Carta Magna (1988), que assim dispõe:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Referido dispositivo constitucional representa o princípio da isonomia tributária, direito igualmente fundamental do contribuinte, que comanda que aqueles que estão em situação de equivalência ou equipolência devem ter tratamento tributário isonômico. Ele visa a coibir discriminações entre contribuintes na mesma situação jurídica, num odioso privilégio a uns em detrimento de outros.

Como bem esclarecido por Kiyoshi Harada (2012, p. 378):

Apesar de repetitiva, a norma do art. 150, II, da CF, é salutar, uma vez que, através de seu enunciado detalhado, não permite que seja escamoteado o princípio da isonomia tributária, por meio de rótulos dados aos rendimentos, títulos ou direitos, bem como veda a distinção em razão da ocupação profissional ou função exercida pelo contribuinte.

Na esteira do exposto, ensina Luciano Amaro (2011, p. 158) que:

[...] esse princípio implica, em primeiro lugar, que, diante da lei “x”, toda e qualquer pessoa que se enquadre na hipótese legalmente descrita ficará sujeita ao mandamento legal. Não há pessoas “diferentes” que possam, sob tal pretexto, escapar do comando legal, ou ser dele excluídas.

A norma dirige-se tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei, pois “[...] nem pode o aplicador, diante da lei, discriminar, nem se autoriza o legislador, ao ditar a lei, a fazer discriminações. Visa o princípio à garantia do indivíduo, evitando perseguições e favoritismos” (AMARO, 2011, p. 158).

Na mesma linha de raciocínio, ao comentar o conteúdo político-ideológico do princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 10) afirma que “a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.

Não é somente nos direitos civis e políticos que podemos observar a exclusão de determinados grupos (geralmente a grande massa) e o favorecimento de outros (quase sempre a minoria), mas também há graves violações de direitos ocasionadas pelo mau uso do direito tributário.

A tributação, conforme visto acima, é uma das atividades exercidas pelo Estado com sustentáculo no seu *ius imperii*, no sentido de que o tributo é uma prestação pecuniária compulsória, que independe, por essa razão, da vontade daqueles que estão no

polo passivo da relação jurídico-tributária, os quais são compelidos a direcionar parte de seu patrimônio aos cofres públicos.

Deste modo, não fosse o presente princípio da isonomia, o contribuinte ficaria à mercê dos governantes da ocasião, cujos interesses políticos podem ser, eventualmente, espúrios. Certamente haveria grave violação de direitos e sérios prejuízos sociais acaso houvesse tratamento diferenciado entre contribuintes sem qualquer critério razoável para justificá-lo, resultando em puro favoritismo político.

Tratando da compatibilidade da discriminação com os interesses protegidos pela Constituição Federal, Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 41) leciona que:

Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos: a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

Volvendo ao tema dos favoritismos políticos de ocasião, sem qualquer respaldo constitucional, a importância do princípio da isonomia tributária no contexto político e social pátrio é bem demonstrada por Eduardo Sabbag (2012, p. 138):



No plano da trajetória política delineada em nosso país, o princípio da isonomia tributária desponta como postulado que merece inegável devoção. É sabido que, no período de vigência do regime ditatorial, pôde-se verificar por aqui inúmeras desigualdades tributárias ou favoritismos desarrazoados, tais como a concessão de isenção de imposto de renda para deputados, militares e magistrados.

De outra feita, com fulcro na igualdade material, o poder de império do Estado que se manifesta na exigência de tributos não pode desconsiderar as desigualdades econômicas de nosso país, que são bastante acentuadas, diga-se de passagem, fazendo sofrer em demasia aqueles com poucos recursos econômicos, ao mesmo tempo que não representa mais do que um leve incômodo para aqueles outros mais abastados.

Nesse passo, a igualdade tributária também deve ser substancial, “daí se dizer que o legislador infraconstitucional, ao pretender realizar o princípio da isonomia tributária [...] deverá levar em consideração as condições concretas de todos aqueles envolvidos (cidadãos e grupos econômicos) [...]” (SABBAG, 2012, p. 139), sob pena de violar-se o princípio em foco a pretexto de cumpri-lo.

Na lição de Luciano Amaro (2011, p. 159), “hão de ser tratados, pois, com igualdade aqueles que tiverem igual capacidade contributiva, e com desigualdade os que revelem riquezas diferentes e, portanto, diferentes capacidades de contribuir”.

Compreendendo, assim, o princípio da isonomia tributária também sob o seu aspecto substancial, temos outro princípio que

se relaciona intimamente com ele, qual seja, o da capacidade contributiva, acerca do qual teceremos comentários no próximo tópico.

### **3 O Princípio da Capacidade Contributiva**

O princípio da capacidade contributiva é estritamente vinculado ao da isonomia tributária, dantes analisado. Entretanto, não se confunde com ele, embora tenham mútua implicação e almejem a equidade e a tributação justa. Como bem explica Eduardo Sabbag (2012, p. 154):

Nesse sentido, diz-se que o princípio da capacidade contributiva está profundamente ligado ao da igualdade, mas neste não se esgota. Enquanto a isonomia avoca um caráter relacional, no bojo do confronto entre situações jurídicas, o princípio da capacidade contributiva, longe de servir apenas para coibir discriminações arbitrárias, abre-se para a consecução de um efetivo ideal de justiça para o Direito Tributário. A busca da justiça avoca a noção de – equidade – na tributação.

Previsto inicialmente na Constituição de 1946 (artigo 202), não foi reproduzido na Carta de 1967 nem na Emenda nº 1/69. Entretanto, positivamente, reapareceu no Texto Maior de 1988, vejamos:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Analisando o tema, Leandro Paulsen (2013, p. 50-51) enfatiza que “a maior parte da doutrina diz tratar-se de um princípio de sobredireito ou metajurídico, que deve orientar o exercício da tributação independentemente de constar expressamente da Constituição”.

Na esteira do exposto, na lição do mesmo autor (PAULSEN, 2013, p. 51), a capacidade contributiva pode ser entendida como um princípio que comanda que

[...] o Estado deve exigir que as pessoas contribuam para as despesas públicas na medida de sua capacidade para contribuir, de maneira que nada deve ser exigido de quem só tem para sua própria subsistência, a carga tributária deve variar segundo as demonstrações de riqueza e, independentemente disso, a tributação não pode implicar confisco para ninguém.

Conforme a conceituação supra, a capacidade contributiva está ligada à igualdade substancial, pois a atividade tributária do Estado deve estar sempre atenta às condições socioeconômicas dos indivíduos, de modo a não se transformar em um fator de opressão das classes menos favorecidas. Em última análise, a tributação não poderá ter efeito de confisco, violação extrema da capacidade contributiva, nos termos do artigo 150, IV, do Texto Magno.

Por outro lado, uma vez identificada a capacidade contributiva do indivíduo, este não poderá se esquivar da incidência tributária se estiver na mesma situação jurídica que os demais contribuintes. Daí a alusão ao princípio da isonomia.

Temos, assim, que a equidade na tributação, analisada à luz da capacidade contributiva, desdobra-se em duas dimensões, conforme explanado por Eduardo Sabbag (2012, p. 154):

(a) A Equidade Horizontal: os contribuintes que possuam igual capacidade de pagar deverão contribuir com a mesma quantidade pecuniária, destinada aos cofres do Estado. É a ideia do “tratamento igual para os iguais”. (b) A Equidade Vertical: os contribuintes que possuam desigual capacidade de pagar deverão contribuir com diferentes quantidades pecuniárias, destinadas aos cofres do Estado. É a ideia do “tratamento desigual para os desiguais”. Aqui despontam os critérios de concretização do postulado da capacidade contributiva, v.g., a progressividade, a seletividade, entre outros. Assim, indivíduos com rendas maiores deverão contribuir, proporcional e equitativamente, com mais recursos do que aqueles que possuem menores rendimentos. O objetivo dessa forma de tributação não é o de inverter a posição das classes de renda, mas reduzir a diferença entre elas, por sinal, exageradamente grande no Brasil.

É importante que os conceitos de isonomia tributária e de capacidade contributiva estejam bem delineados para que possamos fundamentar o princípio *pecunia non olet*, que analisaremos no próximo tópico, uma vez que este último tem sua razão de ser na própria necessidade de tratamento equânime entre os contribuintes.

#### **4 O Princípio *Pecunia Non Olet***

A partir da noção acima apresentada dos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, podemos agora perquirir acerca de outro postulado de suma importância para a presente obra, aquele segundo o qual o “dinheiro não tem

cheiro” (*pecunia non olet*, em latim; ou *denaro non puzza*, para os italianos; ou ainda, *money does not smell*, para os ingleses).

Primeiramente, insta analisar o artigo 118 do Código Tributário Nacional (1966), vejamos:

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; II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

A dicção legal deixa claro que o “Direito Tributário preocupa-se tão somente sobre a relação econômica relativa a um determinado negócio jurídico [...]” (SABBAG, 2012, p. 140). Por sua vez, ensina Luciano Amaro (2011, p. 301) que:

[...] o dispositivo firma o princípio de que, para a incidência do tributo, não é relevante a regularidade jurídica dos atos, ou a licitude do seu objeto ou dos seus efeitos, nem é decisivo indagar dos efeitos reais dos fatos ocorridos.

Fez bem o Código Tributário Nacional ao dispensar a análise da licitude do fato gerador da obrigação tributária, bem como dos seus reais efeitos, para fins de incidência ou não de determinado tributo. É que não existem razões para tratamento diferenciado entre contribuintes em situação de equipolência, com igual ou semelhante capacidade contributiva.

“De fato, há de haver uma universal incidência do tributo, porquanto a hipótese de incidência, materializando-se no fato imponível, é circunstância bastante para a irradiação equitativa da incidência tributária” (SABBAG, 2012, p. 140).

Comentando o dispositivo legal em foco, Aliomar Baleeiro (2007, p. 714) esclarece:

A validade, invalidade, nulidade, anulabilidade ou mesmo a anulação já decretada do ato jurídico são irrelevantes para o Direito Tributário. Praticado o ato jurídico ou celebrado o negócio que a lei tributária erigiu em fato gerador, está nascida a obrigação para com o fisco. E essa obrigação subsiste independentemente da validade ou invalidade do ato. Se nulo ou anulável, não desaparece a obrigação fiscal que dele decorre, nem surge para o contribuinte o direito de pedir repetição do tributo acaso pago sob invocação de que o ato era nulo ou foi anulado. O fato gerador ocorre e não desaparece, do ponto de vista fiscal, pela nulidade ou anulação.

Na esteira do exposto, temos, então, a cláusula segundo a qual o dinheiro *non olet*, ou seja, ele “não tem cheiro”, permitindo-se a tributação de todas as atividades que se subsumirem a uma determinada hipótese de incidência tributária, ainda que o fato gerador seja ilícito ou nulo.

Bernardo Ribeiro de Moraes (1995, v. 2, p. 352-353) explica a origem do termo, que remete à época do Império Romano, a saber:

Tendo Vespasiano criado um tributo sobre os mictórios públicos (ditos cloacas), seu filho Tito sugeriu-lhe a extinção do imposto, em razão da origem do mesmo. Vespasiano, no mesmo momento, tomou de uma moeda e fez Tito cheirá-la, indagando: “fede”? Incontinenti seu filho respondeu: *non olet* (não fede). Após o fato, Vespasiano mostrou ao seu filho que o dinheiro arrecadado com a tributação, na sua materialização, não é acompanhado com o cheiro do fato tributado.

Assim sendo, com base nessa passagem histórica, Bernardo Ribeiro de Moraes (1995, v. 2, p. 353) reconhece que a doutrina criou “[...] o ‘princípio do *non olet*’, dispondo que toda atividade ilícita deveria ser tributada”.

A norma em foco, “[...] cujo lastro advém de conteúdo axiológico do valor ‘justiça’, direcionando a exigibilidade da exação sobre quem possui capacidade contributiva, ainda que o rendimento provenha de atividade ilícita” (SABBAG, 2012, p. 142), seria uma exigência do princípio da isonomia tributária.

Se devemos tratar os iguais de maneira isonômica, não seria justo que aqueles que adquirem renda por meio de uma atividade ilícita não pudessem ser tributados, em detrimento daqueles outros contribuintes que exercem suas atividades conforme o ordenamento jurídico e são, por essa razão, tributados.

Reforçando a noção de que questões acidentais à hipótese de incidência não poderão ser empecilhos à tributação, conforme preceitua o artigo 118 do CTN, temos outro dispositivo legal que abarca a capacidade tributária passiva plena: o artigo 126 do Código Tributário Nacional (1966). Este último diz respeito à capacidade jurídico-tributária de um indivíduo para figurar no polo passivo da relação obrigacional tributária, assim dispondo:

Art. 126. A capacidade tributária passiva independe: I - da capacidade civil das pessoas naturais; II - de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios; III - de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

A prescrição legal reforça a tese de que a análise do fato gerador deve ser objetiva, permitindo-se, *exempli gratia*, a tributação da renda auferida por um menor de 18 anos ou mesmo por um recém-nascido. Ademais, ainda que uma empresa não esteja regularmente constituída, ou sofra limitações no exercício de suas atividades, caso venha a praticar um fato gerador de obrigação tributária, não poderá se eximir do pagamento do tributo.

Em outras palavras, ainda que a conduta praticada transgrida normas jurídicas, inclusive de ordem penal, como a vedação ao exercício da medicina por aquele que não é médico, se aquela se subsumir a uma hipótese de incidência tributária, não poderá essa circunstância acidental servir de escusa para que o contribuinte se desvencilhe da tributação.

Luciano Amaro (2011, p. 302-303), com a clareza característica de sua obra, comenta que:

O advogado impedido que, não obstante, advogue, ou o indivíduo inabilitado que, apesar disso, clique como médico, não podem invocar tais circunstâncias para furtar-se ao pagamento dos tributos que incidam sobre suas atividades, ou sobre a renda que auferem, a pretexto de que o fato gerador não se aperfeiçoaria diante das irregularidades apontadas.

Na seara do exposto, o princípio *pecunia non olet*, aliado ao da isonomia, estabelece que situações jurídicas semelhantes, mesmo que uma seja lícita e a outra não, devem ser alvo de tributação, sob pena de incentivarmos a ilicitude em uma



condenável discriminação. Deste modo, a análise objetiva do fato típico tributário deve prevalecer de maneira exclusiva.

É certo que o ordenamento jurídico, por meio do Código Tributário Nacional, adotou o princípio *pecunia non olet*, consoante expressamente previsto no seu artigo 118. Entretanto, não é tão pacífica a questão, que deve receber temperações e ser interpretada com a devida cautela, uma vez que a sua aplicação ilimitada poderia gerar situações de duvidosa constitucionalidade e com violação ao conceito de tributo.

Analisaremos a seguir os argumentos de parcela da doutrina que refuta a possibilidade de tributação de fatos ilícitos, expondo as suas razões jurídicas.

## **5 A Doutrina da Intributabilidade dos Fatos Ilícitos**

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessário debruçar sobre as argumentações da corrente doutrinária que defende a intributabilidade dos fatos ilícitos, de modo a entender as nuances que o envolvem.

Existem os defensores de que a incidência do tributo nas atividades ilícitas provocará uma antinomia com o artigo 3º do Código Tributário Nacional (1966, grifo nosso), segundo o qual

[...] tributo é 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.

Para essa corrente, a parte do conceito que veda o tributo como sanção de ato ilícito impossibilitaria a tributação sobre eles, uma vez que, para esses doutrinadores, subentende-se que a legislação tributária deverá abarcar a prática de atividades lícitas, nunca ilícitas.

Eduardo Sabbag (2012, p. 145), ao comentar essa tese da intributabilidade dos fatos ilícitos, apresenta de maneira clara tal posicionamento, vejamos:

Argumenta-se, por exemplo, que os rendimentos oriundos de atividades ilícitas, por estarem divorciados de qualquer fator clássico de produção, não se traduziriam em verdadeira riqueza tributável, o que os tornaria, por isso mesmo, insuscetíveis de tributação. Em outras palavras, a origem ilícita dos rendimentos contaminaria os próprios efeitos, fulminando a incidência. Ademais, argui-se que a tributação fundamentada em ato ilícito provocaria uma colisão entre os diversos ramos do Direito, estiolando a unidade do sistema jurídico. A esse propósito, não seria admissível que uma norma jurídica, de um lado, viesse a reprovar um determinado fato, considerando-o como crime, e, de outro, o Estado se valesse desse mesmo fato para dele perceber o tributo.

Atento à divergência doutrinária, Bernardo Ribeiro de Moraes (1995, v. 2, p. 352) afirma que uma série de indagações surgem quando lidamos com a tributação de fatos ilícitos, em especial daqueles reputados criminosos, vejamos:

Deve o Estado tributar as atividades ilícitas? Seria justo o Estado tributar uma atividade que proíbe? Estaria o Estado pactuando com o crime e com o criminoso ao tributar tais atividades? Tributando tais atividades, as respectivas ilicitudes desapareceram? Deixando de tributar a atividade ilícita, estaria o Estado dando uma vantagem ao infrator ou criminoso?

A doutrina da intributabilidade dos fatos ilícitos apresenta algumas alternativas para evitar a tributação dessas atividades, baseando-se no Código Penal e no Código de Processo Penal. Em relação ao diploma repressivo penal, com a condenação criminal, teríamos como efeito desta última a perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, consoante artigo 91, inciso II, alínea “b”.

Ainda no tocante ao Código Penal, houve uma importante alteração legislativa com a Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, que adicionou o §1º ao artigo 91 do diploma penal, estabelecendo que poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

Para garantir a eficácia desses dispositivos penais, o Código de Processo Penal prevê o sequestro dos bens imóveis adquiridos pelo acusado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro, e, em algumas hipóteses, o sequestro de bens móveis. Lembrando que a Lei nº 12.694/2012 acresceu também um §2º ao artigo 91 do Código Penal, possibilitando que, nas hipóteses do §1º do mesmo dispositivo, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Com base nesse argumento, Luís Eduardo Schoueri (2012, p. 140) defende que:

Se o ordenamento brasileiro dispõe acerca do produto do crime, determinando sua expropriação, não há espaço para a tributação. Qualquer tributo iria além da totalidade do próprio produto do crime, revelando confisco, vedado pela constituição. Não é possível, no ordenamento jurídico brasileiro, o emprego do tributo com efeito de confisco (art. 150, IV, da Constituição Federal). Vê-se que não prosperam os argumentos daqueles que defendem, com base na igualdade, aquela tributação, já que não está correta a premissa de que, ao não se tributarem aqueles resultados, colocar-se-iam em situação privilegiada os que cometeram ilícitos; estes, como visto, perdem a totalidade dos frutos do ilícito. Assim, não obstante o posicionamento doutrinário e jurisprudencial favorável à tributabilidade do produto do ilícito, esta deve encontrar seu limite nos casos em que o próprio ordenamento exigir a expropriação daquele produto, não havendo, então, espaço para a tributação.

Nessa linha de raciocínio, Hugo de Brito Machado (2004, p. 317) afirma que:

Por isto mesmo as autoridades da Administração Tributária, acertadamente, não cobram os impostos que seriam devidos pela importação de mercadorias nos casos de contrabando, ou descaminho. Decretam o perdimento das mercadorias e os impostos somente serão cobrados se e quando essas mercadorias são arrematadas em leilão promovido pela Fazenda.

A partir das considerações supra acerca da doutrina da intributabilidade dos fatos ilícitos, Amílcar de Araújo Falcão (1995, p. 42) afirma que “uma série de equívocos, no Brasil e alhures, tem surgido em matéria de tributação de atividades ilícitas, criminosas e imorais, toda a perplexidade provindo da não-consideração da consistência econômica do fato gerador”.

## O autor, então, explica que

[...] por isso é que se encontram manifestações no sentido de que atividades ilícitas não devem ser tributadas, pois de outro modo o Estado estará locupletando-se com ações que ele mesmo proíbe e, assim, de algum modo associando-se à ilegalidade e dela tirando proveito. (FALCÃO, 1995, p. 43).

Com o intuito de afastar, desde já, qualquer argumentação no sentido de que a tributação de fatos ilícitos possa vir a legitimar ou legalizar a conduta desconforme o Direito, citamos Eduardo Sabbag (2012, p. 144), para o qual:

A título de reforço de raciocínio, temos dito que não se pode pretender justificar a legitimidade da conduta ilícita ou imoral, sob a alegação de que sobre ela paira uma tributação estatal, e, *ipso facto*, revestida estará de legalidade. Aliás, a esse respeito, insta citar que, há pouco tempo, o contexto foi verificado na frágil pretensão de empresas que administravam bingos nas cidades brasileiras – uma atividade que, inicialmente, era considerada lícita e que, posteriormente, foi desautorizada pelo governo –, redundando no indefensável pleito de retomada do funcionamento das casas, sob a alegação de que a atividade fora tributada pelo ISS.

Esclarecidos os argumentos e questionamentos contrários à tributação de fatos ilícitos, convém agora adentrarmos na temática central da presente obra, razão pela qual passamos a analisar a doutrina que reconhece essa possibilidade, a começar pela explicitação do modo de interpretação do fato gerador defendido por esta última.

## 6 A Interpretação Econômica do Fato Gerador

Conforme esclarecido alhures, é certo que o artigo 118 do CTN adotou a interpretação econômica ou funcional do fato gerador, segundo a qual este último “[...] deve ser interpretado com total fidelidade ao modo como se encontra descrito na lei, sem atenção a fatores externos” (SABBAG, 2012, p. 149).

Como bem esclarece Eduardo Sabbag (2012, p. 149),

[...] por meio desse dispositivo, o legislador sinaliza que, ocorrida a hipótese econômica na lei abstratamente descrita, não cabe perquirir sua validade formal, a licitude do negócio jurídico subjacente, ou seus reais efeitos.

Por sua vez, explicando a interpretação (econômica) do fato gerador, consoante artigo 118 do CTN, Luciano Amaro (2011, p. 304) leciona que:

Como o fato gerador concreto só pode ser o espelho do fato gerador abstrato, o preceito legal tentou explicitar que o modelo legalmente definido (por exemplo, prestação de serviços) se considera correspondido concretamente (ou seja, realizado), ainda que o fato efetivamente ocorrido tenha sido viciado por alguma ilicitude (por exemplo, tratava-se de serviço para cuja prestação o indivíduo não estava legalmente autorizado).

Cabe dizer, assim, que a mencionada interpretação dos artigos 118 e 126 do CTN, que contemplam a capacidade tributária passiva plena, conforme abordado acima, não é incompatível com a afirmação do artigo 3º do mesmo CTN, “[...] no sentido de que o tributo não configura sanção de ato ilícito. Com efeito, o tributo

não incide sobre o ato porque ele seja ilícito; incide (ou pode incidir) independentemente de sua eventual ilicitude” (AMARO, 2011, p. 304), que será, por assim dizer, circunstância accidental.

A doutrina majoritária tende a acatar a tese da interpretação econômica do fato gerador, defendendo as supramencionadas disposições do Código Tributário Nacional. Em consonância com esse posicionamento, Ricardo Lobo Torres (2000, p. 260) defende que:

Se o cidadão pratica atividades ilícitas com consistência econômica, deve pagar o tributo sobre o lucro obtido, para não ser agraciado com tratamento desigual frente às pessoas que sofrem a incidência tributária sobre os ganhos provenientes do trabalho honesto ou da propriedade legítima.

Na mesma linha de entendimento, Amílcar de Araújo Falcão (1995, p. 45) afirma que não poderia ser de outro modo:

[...] se se tomar em consideração a natureza do fato gerador da obrigação tributária, como um fato jurídico de acentuada consistência econômica, ou um fato econômico de relevância jurídica, cuja eleição pelo legislador se destina a servir de índice de capacidade contributiva.

A interpretação econômica do fato gerador é o reforço argumentativo para a admissão do princípio *pecunia non olet* que, juntamente com os princípios da igualdade (genérica e tributária) e da capacidade contributiva, constituem o fundamento axiológico para a doutrina da tributação dos fatos ilícitos, sem contar o comando legal do artigo 118 do Código Tributário Nacional.

Uma vez concebida a interpretação do fato gerador sob o prisma econômico, alheio à eventual ilicitude ou imoralidade porventura existente, podemos agora investigar quais os aspectos doutrinários e jurisprudenciais da tributação dos fatos ilícitos.

## 7 A Tributação dos Fatos Ilícitos

É certo que o artigo 118 do CTN adotou a teoria da interpretação econômica do fato gerador, abarcando explicitamente o princípio *pecunia non olet*. Entretanto, insta questionarmos a amplitude da aplicação deste último, exatamente o objeto da divergência doutrinária. De um lado, temos aqueles que se manifestam pela tributação irrestrita dos fatos ilícitos, ao passo que outros defendem certas limitações a essa possibilidade.

Primeiramente, para a corrente que compactua com a tributação irrestrita, poderá haver a incidência tributária ainda que a ilicitude surja como elemento essencial do fato gerador, justamente por darem ampla e profunda aplicação à interpretação econômica deste último, aliada aos princípios da isonomia, da capacidade contributiva e do *pecunia non olet*.

Citando a doutrina alienígena, Bernardo Ribeiro de Moraes (1995, v. 2, p. 353) pontua:

Pela tributação irrestrita das atividades ilícitas se pronunciaram diversos autores. Para Ezio Vanoni, o que interessa ao direito tributário são os fatos econômicos e não a forma jurídica, razão pela qual a atividade ilícita, se rendosa, deve ser tributada. [...] Outros autores também postulam pela tributação da atividade lícita ou ilícita, regular ou irregular, legal ou ilegal, desde que produza efeitos econômicos. É o caso de Benvenuto Griziotti,



de Achille Donato Giannini postula a tributação irrestrita, inclusive quando a ilicitude surge como elemento integrante do fato gerador tributário ou mesmo inexistência presunção de capacidade contributiva. Por sua vez, Dino Jarach considera até uma contradição o fato de as atividades ilícitas não se sujeitarem à tributação.

No que se refere à doutrina pátria, também temos uma série de doutrinadores adeptos à tributação irrestrita. O clássico Aliomar Baleeiro (1970 apud MORAES, 1995, v. 2, p. 354), entende que “pouco importa, para a sobrevivência da tributação sobre determinado ato jurídico, a circunstância de ser ilegal, imoral, ou contrário aos bons costumes, ou mesmo criminoso o seu objeto, como o jogo proibido, o câmbio negro etc.”, concluindo que se deve admitir “[...] a tributação de tais atividades eticamente condenáveis ou condenadas. O que importa não é o aspecto moral, mas a capacidade econômica dos que com elas se locupletam”.

É o que também defende Amílcar de Araújo Falcão (1995, p. 45), para o qual:

A validade da ação, da atividade ou do ato em Direito Privado, a sua juridicidade ou antijuridicidade em Direito penal, disciplinar ou, em geral, punitivo, enfim, a sua compatibilidade ou não com os princípios da ética ou com os bons costumes não importam para o problema da incidência tributária, por isso que a ela é indiferente a validade ou nulidade do ato privado através do qual se manifesta o fato gerador: desde que a capacidade econômica legalmente prevista esteja configurada, a incidência há de inevitavelmente ocorrer. A tese contrária representa, no acertado dizer de Popitz, a manifestação de um sentimentalismo ilógico e infundado e, do ponto de vista tributário, conduz, isto sim, à violação do princípio da isonomia fiscal.

Temos, então, que o sentido maior de tributarmos indiscriminadamente todos os fatos lícitos ou ilícitos que se subsumirem a uma hipótese de incidência tributária reside não apenas nos já mencionados princípios da isonomia e da capacidade contributiva, mas principalmente no senso maior de justiça.

Embora seja um termo vago, um conceito aberto em constante evolução, haverá sempre um mínimo ético que nos permitirá compreender o que jamais poderá ser aceitável. Um dos mais pertinentes argumentos desta doutrina diz respeito ao evidente equívoco em se desonerar, do ponto de vista tributário, aqueles que desenvolvem atividades desconformes o Direito, criando-se uma espécie de isenção para as condutas do traficante, do corrupto, do contrabandista, etc., que, por óbvio, são geradoras de significativos rendimentos, tendo, pois, consistência econômica.

A crítica àqueles que entendem de forma diversa não fugiu à análise de Amílcar de Araújo Falcão (1995, p. 45), segundo o qual:

[...] haveria na exoneração tributária um resultado na verdade contraditório, por isso que se estaria abrindo aos contraventores, aos marginais, aos ladrões, aos que lucram com o furto, o crime, o jogo de azar, o proxenetismo etc., a vantagem adicional de exoneração tributária, de que não gozam os contribuintes com igual capacidade contributiva decorrente da prática de atividades, profissões ou atos lícitos. Oportunas, no particular, são as palavras de Albert Hensel: “justamente o princípio da igualdade da tributação não consente que o contribuinte seja permitido abrir as portas do eldorado fiscal por meio de atividades imorais ou ilícitas”. Eis aí um obséquio que a correta identificação da consistência econômica do fato gerado oferece: a indiferença,

para o Direito Tributário, de ser civil ou penalmente ilícita a atividade em que se consubstancie o fato gerador, não porque prevaleça naquele ramo do Direito uma concepção ética diversa, mas sim porque o aspecto que interessa considerar para a tributação é o aspecto econômico do fato gerador ou a sua aptidão a servir de índice de capacidade contributiva.

Argumentando no mesmo sentido, importante mencionar Ricardo Lobo Torres (2011, p. 252), para o qual “o aparente conflito entre o direito penal e o direito tributário se resolve com a consideração da justiça, que aponta para a igualdade de tratamento no pagamento de impostos pelos contribuintes que praticam atos lícitos e ilícitos”.

Nessa linha de entendimento, cada ramo do Direito deve ser aplicado de maneira autônoma. A incidência do direito penal com as suas consequentes sanções não obstará que o mesmo fato seja eventualmente tributado, caso também se subsuma a uma hipótese de incidência prevista em lei. Apenas para exemplificar, tanto a mercancia em si quanto a renda auferida com o tráfico ilícito de drogas poderão ser fatos geradores de tributos (IR, ICMS, IPI, etc.) segundo a doutrina da tributação irrestrita dos fatos ilícitos.

O grande problema reside na dificuldade em se aplicar a legislação tributária para fatos geradores que incluam elementos essenciais ilícitos, como a inclusão da droga no conceito de mercadoria para fins de incidência do ICMS, *exempli gratia*. Os obstáculos são muitos, por isso a resistência de significativa parcela dos autores e da jurisprudência na aceitação da tributação irrestrita.

Nesse sentido, outra corrente doutrinária, que se revela majoritária, defende o reconhecimento de limites à tributação de fatos ilícitos, de modo a compatibilizar essa possibilidade com o conceito legal de tributo insculpido no artigo 3º do Código Tributário Nacional, bem como para que também haja coerência no ordenamento jurídico, em especial no tocante à relação do tema com o direito penal.

Esses doutrinadores partem do pressuposto que não poderia o Estado criminalizar a venda de droga e, ao mesmo tempo, incluir o entorpecente no conceito legal de mercadoria para fins de incidência tributária do ICMS, por exemplo, visto que isso seria um evidente contrassenso.

É certo que a finalidade do artigo 118 do CTN, nas palavras de Eduardo Sabbag (2012, p. 152), “[...] foi dar tratamento isonômico aos detentores de capacidade contributiva e, ao mesmo tempo, evitar que a atividade criminosa se configurasse mais vantajosa, inclusive pela isenção tributária”.

Entretanto, atento ao conceito de tributo do artigo 3º do CTN, que veda a utilização do tributo como sanção de ato ilícito, conclui o renomado autor que:

[...] diferentemente das penalidades, que se aplicam pela ocorrência de atos ilícitos, os tributos adstringem-se à prática de atividade lícita, ou seja, as hipóteses de incidência das exações tributárias, previstas em lei, têm de ser relacionadas com atividades lícitas. Desse modo, a lei que institui um tributo não pode prever como hipótese de incidência um ato ilícito, como uma venda de drogas, no aspecto material de incidência do ICMS. As hipóteses de incidência dos tributos baseiam-se em práticas lícitas. (SABBAG, 2012, p. 152).

Conforme podemos observar, a parcela da doutrina que defende a existência de limites à tributação de fatos ilícitos baseia-se no próprio conceito de tributo do artigo 3º do CTN. Para que não constitua sanção de ato ilícito, não poderá a hipótese de incidência abstratamente prevista descrever como elemento essencial à definição do fato gerador condutas ilícitas em si, como o tráfico de pessoas ou de drogas, por exemplo.

Para a corrente, se o Estado resolver tributar o tráfico de drogas, incluindo estas últimas no conceito de mercadoria para efeitos de ICMS, *verbi gratia*, não estaremos no campo do direito tributário, mas sim do direito penal, visto que o que se almejaria, em última instância, seria a sanção desse ilícito, o que iria na contramão do conceito de tributo do CTN.

Adepto da possibilidade de tributação de fatos ilícitos, Bernardo Ribeiro de Moraes (1995, v. 2, p. 355) apresenta alguns temperamentos, afirmando que existem dois momentos para a análise da questão, vejamos:

- a) momento da feitura da lei. Esta deve conter um pressuposto de fato lícito. Somente os fatos lícitos podem integrar a hipótese de incidência tributária, pois o ilícito distingue a sanção do tributo. Qualquer norma que contempla uma infração e a associa a uma pena será norma jurídica penal. Haverá sanção e não tributo;
- b) momento de aplicação da lei tributária. Ao aplicar a lei tributária, em cuja hipótese de incidência não está incluída a ilicitude, o Poder Público deve abstrair ou ignorar a ilicitude porventura constatada. O direito tributário deve observar os fatos, analisando a ocorrência ou não da realidade fática prevista como fato gerador da obrigação tributária, deixando de lado demais considerações de ordem moral, social ou até jurídica (se ilícito ou não). Quem exerce a medicina sem ser médico estará

exercitando uma atividade lícita, embora de forma ilícita. Não cabe ao Poder Público indagar da licitude do fato que originou a obrigação tributária.

O correto entendimento desses dois momentos é crucial para a completa compreensão da doutrina em foco. A hipótese de incidência abstratamente prevista na legislação tributária deve se ater a fatos lícitos, porque da ilicitude cuidarão outros ramos do Direito, em especial o penal. Entretanto, na aplicação dessa hipótese de incidência, poderemos ter abarcadas condutas ilícitas ou imorais, o que não impedirá a sua tributação, consoante posicionamento adotado pelo artigo 118 do CTN, com fulcro na interpretação econômica do fato gerador e no princípio *non olet*.

Leandro Paulsen (2013, p. 939), no mesmo sentido, enfatiza que:

Jamais um ato ilícito estará descrito na hipótese de incidência de um imposto ou contribuição, por exemplo, porquanto tributo não é sanção de ato ilícito! Assim, do ponto de vista normativo, é descabido pensar-se na tributação de ilícitos. Mas hipóteses de incidência a princípio lícitas, como a propriedade, a aquisição de renda, a percepção de receita ou a circulação de mercadorias, podem acabar sendo vislumbradas em fatos geradores que consubstanciem situações ilícitas, como a propriedade de bens furtados, a aquisição de renda proveniente de estelionato, a percepção de receita proveniente da exploração de jogos e a circulação de entorpecentes proibidos.

Na esteira do exposto, podemos concluir que são tributáveis os fatos lícitos, embora realizados ilicitamente, e que não podem ser tributados os fatos ilícitos em si, como, por exemplo, a venda

de drogas, o tráfico de pessoas e o jogo do bicho (COELHO, 2005, p. 133). Desse modo, o negócio ilícito deverá ser acidental à norma de tributação.

Analisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontramos acórdão que aborda com profundidade o tema, delineando os contornos de sua aplicação, vejamos:

TRIBUTÁRIO. APREENSÃO DE MERCADORIAS. IMPORTAÇÃO IRREGULAR. PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM RENDA. [...] 2. O art. 118 do CTN consagra o princípio do “non olet”, segundo o qual o produto da atividade ilícita deve ser tributado, desde que realizado, no mundo dos fatos, a hipótese de incidência da obrigação tributária. 3. Se o ato ou negócio ilícito for acidental à norma de tributação (= estiver na periferia da regra de incidência), surgirá a obrigação tributária com todas as consequências que lhe são inerentes. Por outro lado, não se admite que a ilicitude recaia sobre elemento essencial da norma de tributação. 4. Assim, por exemplo, a renda obtida com o tráfico de drogas deve ser tributada, já que o que se tributa é o aumento patrimonial e não o próprio tráfico. Nesse caso, a ilicitude é circunstância acidental à norma de tributação. No caso de importação ilícita, reconhecida a ilicitude e aplicada a pena de perdimento, não poderá ser cobrado o imposto de importação, já que “importar mercadorias” é elemento essencial do tipo tributário. Assim, a ilicitude da importação afeta a própria incidência da regra tributária no caso concreto. [...] 12. Recurso especial provido em parte. (REsp 984.607/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/10/2008, DJe 5/11/2008).

De outra feita, enfatizando que a jurisprudência não abarcou a doutrina da tributação irrestrita de fatos ilícitos, temos decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que nega a possibilidade de tributação de mercadorias ilícitas, vejamos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI N. 8.137/90). RECURSO MINISTERIAL. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. MATERIALIDADE. RECEBIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. A peça acusatória narra a apreensão de mercadorias de origem ilícita, sendo tal circunstância insuficiente para caracterizar o fato gerador do ICMS. O princípio do *non olet* restringe-se aos casos de incidência de Imposto de Renda, pois é tributada a própria renda, sendo irrelevante sua origem. Objetos ilícitos não podem ser considerados, sob a ótica do Direito Tributário, mercadoria ou serviço capazes de gerar recolhimento de ICMS, sob pena de incidir o tributo inclusive sobre a substância entorpecente juntamente apreendida. NEGOU-SE PROVIMENTO AO RECURSO COM REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. UNÂNIME. (TJDFT, processo nº 1999 01 1 064530-2; RSE, rel. Vaz de Mello, 2ª Turma Criminal, j. Em 3/2/2005).

É que, no caso versado nos autos do julgado supracitado, o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) se refere aos conceitos de “mercadoria” e “serviço”, que não podem ser um objeto ilícito, como o são as drogas, por exemplo.

Pelo contrário, quando os serviços são lícitos, como a terraplanagem, por exemplo, mas quem os presta não está habilitado para o serviço, aí sim aplicamos o princípio *pecunia non olet*, abstraindo-se de fatores que não o econômico. Esse foi o entendimento apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça, a saber:

TRIBUTÁRIO. ISS. TERRAPLENAGEM. Os serviços de terraplenagem se incluem no âmbito da construção civil, sujeitando ao imposto sobre serviços a empresa que os explore,



ainda que não qualificada tecnicamente para esse efeito (CTN, art. 118); Local da prestação do serviço, nesse caso, e aquele onde se efetuar a prestação (del 406/1968, art. 12, “b”). Recurso especial conhecido e provido. (Resp 73.692/ES, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/1997, DJ 9/12/1997, p. 64657).

O Tribunal da Cidadania (STJ), em outra oportunidade, entendeu cabível a incidência do imposto sobre produtos industrializados (IPI) na importação ilícita, inclusive quando o bem tenha sido objeto de pena de perdimento, admitindo-se a sua cumulação, conforme consta do seguinte acórdão:

PROCESSUAL CIVIL – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – TRIBUTÁRIO – IMPORTAÇÃO DE VEÍCULOS USADOS SUPOSTADA POR DECISÃO JUDICIAL POSTERIORMENTE CASSADA – OPERAÇÃO ILÍCITA – EXIGIBILIDADE DE IPI – APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – EXEGESE DO ART. 118 DO CTN. [...] 4. As operações ou atividades ilícitas são tributáveis, porquanto a definição legal do fato gerador é interpretada com abstração da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos (art. 118 do CTN). 5. Há incidência do IPI na importação ilícita, pois a pura ocorrência do fato imponible previsto em lei faz nascer a obrigação tributária. Recurso especial da Fazenda Nacional conhecido em parte e provido. Recurso especial do Ministério Público Federal provido. (REsp 1050408/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/5/2008, DJe 2/6/2008).

De outra feita, questão mais tranquila é a do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR), que certamente é

o tributo que mais campo de aplicação possui dentro do princípio *pecunia non olet*, uma vez que as atividades ilícitas, incluindo as criminosas, geralmente produzem vultosa renda (do contrário não seriam atrativas).

A Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, que dispõe sobre o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR), estabelece em seu artigo 26 que os rendimentos derivados de atividades ou transações ilícitas, ou percebidos com infração à lei, são sujeitos a tributação, sem prejuízo das sanções que couberem. É a consagração da cláusula *denaro non puzza* e da interpretação econômica do fato gerador.

Fez bem a legislação tributária do IR ao prever o mencionado dispositivo, tendo em vista que auferir renda não é atividade ilícita, embora a sua causa eventualmente possa ser. Se devemos abstrair da validade jurídica das atividades que produziram tal renda, podemos concluir que qualquer atividade que ocasione acréscimo patrimonial deverá ser tributada. Não é outra a lição de Kiyoshi Harada (2010, p. 131), para o qual:

Constatada pela fiscalização tributária que determinada pessoa teve acréscimo patrimonial em virtude de apropriação indébita ou do peculato que praticou, não há como deixar de tributá-la sob o pretexto de que a origem desse acréscimo patrimonial é ilícita, interessa ao direito tributário apenas a relação econômica.

Outro não poderia ser o entendimento, pois nas precisas palavras de Eduardo Sabbag (2012, p. 148):

A lógica da equiparação está na racionalidade que deve vir a reboque do princípio da isonomia – e também no viés da capacidade contributiva –, evitando que, no caso, oferte-se um tratamento mais benévolo a autores, por exemplo, de ilícito, em detrimento daqueles que se põem, diante do fenômeno da tributação, sob as vestes da legalidade, haurindo legitimamente os seus rendimentos, provindos de lícitas fontes.

Quando o criminoso auferir rendimentos com a sua atividade ilícita, ele deverá recolher o IR, sob pena de estabelecermos uma desoneração para aquele que, assim como as demais pessoas que exercem atividades lícitas, possui capacidade contributiva.

A jurisprudência é abundante no sentido da tributabilidade da renda auferida com fatos ilícitos, imorais e mesmo criminosos, pois o acréscimo patrimonial é efeito dessas atividades, não a sua essência, estando essas últimas na periferia da hipótese de incidência tributária. A começar pelo Supremo Tribunal Federal, que acata essa tese, vejamos:

SONEGAÇÃO FISCAL DE LUCRO ADVINDO DE ATIVIDADE CRIMINOSA: “NON OLET”. DROGAS: tráfico de drogas, envolvendo sociedades comerciais organizadas, com lucros vultosos subtraídos à contabilização regular das empresas e subtraídos à declaração de rendimentos: caracterização, em tese, de crime de sonegação fiscal, a acarretar a competência da Justiça Federal e atrair pela conexão, o tráfico de entorpecentes: irrelevância da origem ilícita, mesmo quando criminal, da renda subtraída à tributação. A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso - antes de ser corolário do princípio da moralidade - constitui violação do princípio de isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética. (HC 77530, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 25/8/1998, DJ 18-9-1998).

O entendimento apresentado também pode ser transferido para o caso do funcionário público que se apropria de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desvia-o, em proveito próprio ou alheio, praticando o crime de peculato definido no artigo 312 do Código Penal.

O peculato em si não pode ser tributado, entretanto, a renda auferida com o delito poderá sofrer a incidência tributária. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou favorável à possibilidade, a saber:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. CONDENAÇÃO. SONEGAÇÃO FISCAL DE RENDA PROVENIENTE DE ATUAÇÃO ILÍCITA. TRIBUTABILIDADE. INEXISTÊNCIA DO “BIS IN IDEM”. BENS JURÍDICOS TUTELADOS NOS TIPOS PENAIS DISTINTOS. PUNIBILIDADE. - São tributáveis, “ex vi” do art. 118, do Código Tributário Nacional, as operações ou atividades ilícitas ou imorais, posto a definição legal do fato gerador é interpretada com abstração da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos. [...] (REsp 182.563/RJ, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/1998, DJ 23/11/1998, p. 198).

Conforme exposto, no tocante à divergência doutrinária instaurada entre aqueles que admitem a tributação de fatos ilícitos, a jurisprudência pátria dos Tribunais Superiores firmou-se pela negação da tributação irrestrita, acatando a tese daqueles que reconhecem temperamentos à aplicação do princípio *pecunia non olet* e do artigo 118 do CTN.

Assim sendo, a posição majoritária é a que defende a possibilidade dessa tributação desde que o fato ilícito seja circunstância acidental à hipótese de incidência tributária, qual seja, que o elemento essencial do tributo não seja, em si, um ilícito.

Adotada essa tese, insta dizer que as consequências práticas de tal posicionamento extrapolam os limites do direito tributário, tendo repercussões, também, no campo penal, o que será objeto de análise no próximo tópico.

## **8 Aspectos Penais da Tributação de Fatos Ilícitos**

Importa agora, então, perquirir acerca dos aspectos penais da tributação de fatos ilícitos, certamente a consequência mais grave do reconhecimento dessa possibilidade na seara tributária, cuja repercussão no campo penal é direta, conforme será demonstrado.

Condutas criminosas, como o tráfico de drogas e o descaminho, geram vultosos lucros para o agente, assim como uma empresa “de fato”, cuja constituição é totalmente irregular, também incide em uma série de fatos geradores de obrigações tributárias no exercício de suas atividades.

Desta maneira, quando aplicamos o princípio *pecunia non olet*, com a abstração da ilicitude do fato gerador, possibilitamos a incidência de um tributo, com notório destaque para o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR).

Se a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem ser possível a tributação de fatos ilícitos, desde que eles sejam circunstâncias acidentais ao fato gerador, então temos como

certo o surgimento da obrigação tributária principal, assim como das respectivas obrigações acessórias instituídas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

As obrigações tributárias acessórias de fazer (emitir nota fiscal, declarar rendimentos, etc.) ou não fazer (abster-se de embarçar a fiscalização empreendida pelas autoridades fazendárias, *exempli gratia*) são instrumentos do Fisco para assegurar a eficiência da tributação e, pelo simples fato da sua inobservância pelo obrigado, convertem-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária, conforme § 3º do artigo 113 do CTN.

A partir de tal constatação, podemos observar importante repercussão no campo penal, uma vez que os efeitos do descumprimento das obrigações principal e acessória não se limitam à aplicação de penalidade pecuniária pelo Fisco, pois podem constituir, inclusive, crime contra a ordem tributária, conforme artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Nesse sentido, é fácil observar que as consequências penais do reconhecimento da possibilidade de tributação de fatos ilícitos são bastante amplas, abrangendo tanto a criminalização do descumprimento das obrigações tributárias acessórias quanto o próprio não recolhimento do tributo devido no caso concreto, caso essas condutas se amoldem aos tipos penais supramencionados.

Demonstrada a incidência do direito penal ao tema em análise, ainda que *en passant*, interessante notar que aquele que

conduz qualquer atividade ilícita assim age com consciência de que está à margem do Direito e, portanto, jamais contribuirá para que o Fisco descubra as práticas escusas. O estímulo econômico advindo dessas últimas tem fundamento justamente na clandestinidade que as permeia.

A doutrina da intributabilidade dos fatos ilícitos não deixa de mencionar a “[...] dificuldade de conceber o criminoso declarando à Receita Federal as vantagens econômicas angariadas com a prática de crimes” (BECHO, 2011, p. 76).

Nessa linha de raciocínio, importa perscrutar se a incidência das obrigações tributárias acessórias aos fatos ilícitos, como a obrigatoriedade da escorreita declaração ao Fisco do acréscimo patrimonial proveniente de atividades criminosas, aliado ao próprio recolhimento do tributo devido, obrigação principal, não configuraria violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, que trata da vedação à autoincriminação.

Em outras palavras, se estamos considerando na presente obra que a renda auferida com um crime (tráfico de drogas, peculato, corrupção passiva, etc.) pode ser objeto de incidência do IR, *verbi gratia*, então concluímos que há obrigatoriedade na declaração exata desse acréscimo patrimonial ao Fisco e o consequente recolhimento do montante devido.

Nesse sentido, a crítica está justamente em exigir conduta que, caso concretizada, certamente levará ao conhecimento dos órgãos de persecução criminal o delito cometido pelo declarante, qual seja, do fato ilícito tributado, supostamente ocasionando sua

autoincriminação, mesmo que indiretamente.

A questão ora debatida foi objeto de análise por parte do Superior Tribunal de Justiça, tendo o Tribunal da Cidadania decidido pela não ocorrência de violação ao postulado *nemo tenetur se detegere*, mas sim por sua compatibilidade com o princípio *pecunia non olet*, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. 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. 2. 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. 3. Recurso especial desprovido. (REsp 1208583/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012).



Sem embargo daqueles que entendem de maneira diversa, o posicionamento jurisprudencial não poderia ser outro. Em primeiro lugar, os princípios *pecunia non olet* e *nemo tenetur se detegere* pertencem a ramos do Direito diversos, o primeiro relativo ao direito tributário e o segundo, ao direito processual penal, razão pela qual não guardam qualquer incompatibilidade entre si.

Ademais, é certo que a Carta Magna determina os deveres do Estado de arrecadar tributos e dos cidadãos o de pagá-los. Deste modo, a obrigação de declarar e pagar tributos tem fundamento constitucional, justamente por ser essencial à consecução de todas as finalidades estatais, inclusive à garantia dos direitos fundamentais.

Assim sendo, quando o indivíduo cumpre seu dever de declarar e pagar os tributos devidos com abstração da ilicitude do fato gerador, ele não estará produzindo provas criminais contra si mesmo, pois a finalidade do instituto *pecunia non olet* nada tem a ver com eventual sanção penal, embora possa facilitar a atuação dos órgãos do *persecutio criminis*.

O Estado, por meio do Fisco, não pode compactuar com indivíduos à margem da lei que almejam transformar a sua torpeza pessoal em obstáculo à incidência tributária, ocasionando odioso tratamento desigual em relação aos contribuintes que agem nos estritos limites do ordenamento jurídico.

Entendemos que a sociedade só poderá se sustentar se e quando os que cumprem seus deveres legais não forem

prejudicados por seu comportamento conforme o Direito, ao contrário daqueles outros que, incursos na imoralidade, na criminalidade, sempre acabam sendo beneficiados por justamente se esquivar da aplicação das normas jurídicas, aproveitando-se da leniência estatal para se locupletar, sempre à custa do resto da sociedade.

Com fulcro nos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, não poderíamos dispensar tratamento desigual entre o indivíduo probo e o criminoso. Se o primeiro deve fornecer todas as informações requeridas pelo Fisco e agir conforme as regras da legislação tributária, não poderia o delinquente lograr obter desoneração dessas mesmas obrigações, até mesmo por questões éticas e de justiça. Aqueles que se dedicam ao labor escuso, criminoso, deverão, portanto, arcar com todas as consequências de sua opção, tal quais os demais indivíduos.

Esclarecido o posicionamento (inclusive jurisprudencial) de que não há ofensa ao princípio da vedação à autoincriminação, importante mencionar que as consequências práticas desse entendimento são significativas, uma vez que o desestímulo às atividades criminosas será incrementado com a possibilidade de incidência do direito penal pelo descumprimento das obrigações tributárias relacionadas a fatos geradores ilícitos.

Os efeitos da aplicação concomitante do direito tributário e penal possuem exemplos históricos, sendo o mais notável deles e digno de citação a condenação do famoso gângster ítalo-americano Alphonsus Gabriel Capone, conhecido mundialmente como “Al Capone”.

O mafioso, não obstante ostentar uma infinidade de acusações relativas a delitos de natureza grave, inclusive homicídios, não foi condenado por eles, justamente pela falta de provas concretas, mas sim por “fuga aos impostos”, a denominada sonegação fiscal, tendo sido sentenciado a onze anos de prisão, conforme decisão prolatada pela justiça estadunidense no ano de 1931.

De uma maneira ou de outra, as atividades ilícitas acabarão sendo reprimidas, seja pela sua prática em si, seja mesmo pelo não cumprimento das obrigações tributárias principal e acessória. A incidência do direito penal nessa última hipótese vem reforçar o entendimento de que todo e qualquer indivíduo, delinquente ou não, deve ter tratamento igualitário. Se aquele que labora nos estritos limites do ordenamento jurídico poderá vir a responder por crime contra a ordem tributária, não poderia ser dispensado tratamento diverso ao criminoso.

O florentino Nicolau Maquiavel (2005, p. 103) defendeu em sua célebre obra que “[...] os homens se esquecem mais facilmente da morte do pai do que da perda do patrimônio”. Críticas à parte, não há melhor forma de otimizar a repressão às práticas ilícitas do que tributar seus rendimentos e punir penalmente aqueles que descumprirem tal comando (tal qual se dá com as consideradas lícitas), visto que é justamente o lucro o fator de incentivo à ilegalidade. De tal sorte, além de atender ao princípio da igualdade, desestimularemos condutas desconformes ao Direito e danosas à sociedade.

A lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 10) é salutar para fechar o presente raciocínio, pois o autor defende que “dúvida não padece de que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplina diversa para situações equivalentes”, sejam elas lícitas ou não.

Em suma, aquele que conduz seus negócios à margem do Direito e auferir vantagens com essa prática não poderá se furtar à aplicação de todas as suas consequências legais, tanto no campo tributário quanto no penal, que se complementam com o objetivo maior de resguardar o ordenamento jurídico.

## 9 Conclusão

A presente obra abordou os aspectos da tributação de fatos ilícitos, constatando, inicialmente, que o próprio ordenamento jurídico pátrio admite tal possibilidade, considerando-se as disposições do artigo 118 do Código Tributário Nacional. Esse dispositivo abarcou o princípio *pecunia non olet*, que dispensa a análise da validade ou moralidade dos fatos geradores para fins de incidência tributária.

Entretanto, em que pese haver dita previsão legal, verificou-se que a questão não é pacífica entre os autores de direito tributário, o que demandou análise mais aprofundada dos argumentos contrários e favoráveis, tanto em relação à própria tributação de fatos ilícitos quanto em relação à profundidade da aplicação do artigo 118 do CTN.

No que se refere à doutrina da intributabilidade dos fatos ilícitos, registrou-se que ela fundamenta sua argumentação no próprio conceito de tributo, afirmando que ele não poderia constituir sanção de ato ilícito, consoante artigo 3º do CTN. Ademais, defendem que a tributação dos fatos ilícitos, em especial daqueles criminosos, seria como se o Estado estivesse compactuando com a infração penal e com o delinquente.

Apontando uma solução para a questão, essa parcela da doutrina sugere alternativas para evitar a tributação das atividades ilícitas, como a aplicação das disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal relativas à perda e ao sequestro do produto e dos proventos do crime, medidas que, em seu entendimento, seriam suficientes.

Por outro lado, com alicerce legal no supramencionado artigo 118 do CTN, a doutrina majoritária entende ser cabível a tributação de fatos ilícitos, posicionamento que atende, também, aos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, fundamentos axiológicos daquele dispositivo legal.

Não poderia a legislação tributária dispensar tratamento diferenciado a contribuintes na mesma situação jurídica e com idêntica ou semelhante capacidade contributiva, sejam fatos geradores lícitos ou não, evitando-se uma odiosa desoneração para indivíduos à margem do Direito.

Demonstrou-se, assim, que o posicionamento dominante reconhece a necessidade de uma interpretação exclusivamente econômica do fato gerador, alheia à eventual ilicitude ou

imoralidade porventura existente, de modo que o intérprete detenha sua análise apenas na subsunção do fato gerador à hipótese de incidência abstratamente prevista em lei.

Na esteira do exposto, perscrutou-se também acerca da divergência doutrinária existente sobre a profundidade da aplicação do princípio *pecunia non olet* e da tributação de fatos ilícitos, posicionamentos que possuem significativas diferenças em suas consequências práticas.

Assim sendo, entre aqueles que defendem a tributação de fatos ilícitos, constatou-se que parcela dessa corrente doutrinária é favorável à tributação irrestrita, admitindo-se que o ilícito possa ser, inclusive, elemento essencial da hipótese de incidência tributária. Deste modo, poderíamos, segundo esse entendimento, aceitar que um entorpecente seja considerado mercadoria para fins de incidência do ICMS, *exempli gratia*.

Por outro lado, outra parcela da doutrina posiciona-se de forma moderada quanto à tributação de fatos ilícitos, afirmando que somente poderíamos admiti-la nos casos em que o ilícito seja circunstância acidental à norma de tributação, não podendo, assim, constituir elemento essencial seu. A hipótese de incidência somente poderá prever, portanto, fatos lícitos, embora esses últimos possam ser praticados ilicitamente, o que não impedirá sua tributação.

Consoante argumenta essa corrente, o acréscimo patrimonial proveniente do tráfico de drogas, por exemplo, poderia ser tributado, conquanto auferir renda não seja considerado ilicitude,

pelo contrário, é a própria hipótese de incidência tributária do IR, ao passo que o ilícito (mercância de drogas, no exemplo dado) está na periferia desta última, é acidental.

A jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores adotou a corrente moderada, conforme visto na presente obra, justamente porque a hipótese de incidência tributária deverá prever apenas fatos lícitos, considerando-se que o conceito de tributo do artigo 3º do CTN veda que eles constituam sanção de ato ilícito.

Aprofundando nos aspectos da tributação de fatos ilícitos, analisamos suas consequências no campo penal. Conforme exposto, se a doutrina e a jurisprudência entendem que condutas criminosas, como o peculato, o tráfico de drogas e a receptação poderão ser tributados, desde que sejam circunstâncias acidentais ao fato gerador concretamente verificado, então devemos considerar que o delinquente deverá cumprir as obrigações tributárias principal e acessória. Deste modo, o descumprimento desses deveres poderá acarretar a transgressão dos tipos penais dispostos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, que trata dos delitos contra a ordem tributária, entre outros.

Assim sendo, questionou-se se haveria violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, que veda a autoincriminação, tendo sido demonstrado que a resposta seria negativa. Reforçando o entendimento, apresentou-se acórdão proveniente do Superior Tribunal de Justiça, no qual foi firmado posicionamento pelo não conflito entre os princípios *nemo tenetur se detegere e pecunia non olet*, considerando-se que o primeiro versa sobre direito

processual penal e o segundo sobre direito tributário, o que afastaria eventual colisão entre ambos, além de que um não limita ou impossibilita a aplicação do outro.

Neste norte, defendeu-se que o posicionamento abarcado desestimularia com maior intensidade as condutas ilícitas, criminosas, tanto pela tributação de fatos ilícitos localizados na periferia da hipótese de incidência quanto pela aplicação do direito penal como sanção pela sonegação fiscal.

Podemos concluir, de tudo quanto foi exposto, que o entendimento firmado pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias acerca da aplicação moderada do artigo 118 do CTN (com fundamento axiológico no princípio *pecunia non olet*) está em consonância com os postulados da igualdade e da capacidade contributiva, intrínsecos ao direito tributário e com alicerce constitucional, de modo a não permitir que sejam dispensados tratamentos diferenciados a indivíduos na mesma ou em semelhante situação jurídica, estabelecendo-se uma condenável desoneração para aqueles que atuam à margem do Direito.

Parece-nos mais correto tal posicionamento, em contraposição às doutrinas da intributabilidade e da tributação irrestrita, visto que, ao mesmo tempo que se admite a tributação de fatos ilícitos, limita-se o alcance daquele dispositivo legal para direcionar a sua aplicação aos casos em que a ilicitude seja circunstância acidental à hipótese de incidência tributária, e não quando for elemento essencial do fato gerador, respeitando-se, assim, o conceito de tributo estatuído pelo artigo 3º do CTN.



**Title:** Aspects Regarding the Taxation of Illicit Facts

**Abstract:** This article aims to address the aspects of taxation of illicit facts, in particular, the possibility of its occurrence within the legal system, as well as the depth of its eventual implementation. This scientific article adopts, as a working method, an extensive research on the various doctrinal positions existing on the subject, with the necessary observance of the jurisprudence. In this sense, this article has found that the majority of the doctrine and the jurisprudence admit the taxation of illicit facts, provided that the offense is in the vicinity of the impact hypothesis, that is to say, they adopted a moderate understanding, as opposed to an unrestricted taxation. The study also outlines that the consequences on the criminal law of the taxation of the illicit facts does not violate the *nemo tenetur se detegere* principle, therefore it does not constitute self-incrimination, the requirement that the offender shall declare and collect taxes resulting from their criminal activities.

**Keywords:** Tax law. Taxation. Illicit facts.

## Referências

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BECHO, Renato Lopes. *Lições de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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: 15 ago. 2014.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. 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, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 21. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *ITBI: doutrina e prática*. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

\_\_\_\_\_. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

---

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

GUIMARÃES, Alexandre Parreira. Aspectos da tributação de fatos ilícitos. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 53-104, 2014. Anual.

---

**Submissão:** 18/3/2014

**Aceite:** 19/5/2014

---

# O Ativismo e a Democracia do Ponto de Vista do Legislador

## José Wilson Ferreira Lima

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT. Pós-Graduação *stricto sensu*: Mestrando em Direito Constitucional *Constituição e Sociedade*, do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Pós-Graduação *lato sensu*: Especialista em Direito Constitucional Positivado pela da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Especialista em Direito Penal Especial pela Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU. Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Cooperação e Assistência Técnica da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal – ICAT/UDF. Integrante do grupo de estudo e pesquisa *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais* do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

**Resumo:** O presente artigo enfoca o ativismo judicial como forma de integração democrática, uma vez que busca situá-lo como mecanismo complementar, e ainda necessário, à atividade legislativa. Por diversas razões, o atual modelo de representação democrática, delineado na Constituição da República Federativa do Brasil, não consegue atender às necessidades gerais do povo e do próprio Estado no campo da representação política, marcada, quase sempre, pelo vazio ou pela deficiência da atividade legislativa. Paralelamente a isso, tem-se que o entendimento sobre “O que é a Democracia?” não é coincidente do ponto de vista dos órgãos de cúpula dos Poderes e do Ministério Público. Com isso, resta à atividade judicante, especialmente centrada na perspectiva do Controle de Constitucionalidade, a tarefa de conhecer e compreender a dimensão das demandas e, após, suprir as omissões ou corrigir as distorções legislativas deficitárias. No contexto do atual modelo de Controle de Constitucionalidade, o ativismo judicial é decorrente e concebido não como instrumento de oposição ao sistema de representação ou mesmo de sobreposição, mas antes como instrumento complementar e necessário à proteção do Estado Democrático de Direito. Por causa disso, é também o ponto central das divergências e da concorrência política hoje existentes entre os Poderes.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial e ministerial. Atividade complementar. Representação democrática. Estado de direito.

**Sumário:** Introdução. 1 Notas Preliminares sobre o Ativismo. 2 Emendas à Constituição como Reação ao Ativismo. 3 A Representação Democrática e o Parlamento. 4 O Ativismo do Supremo Tribunal Federal. 5 O Ativismo do Ministério Público. 6 Conclusão. Referências.

## **Introdução**

O atual cenário político na República Federativa do Brasil tem se caracterizado por intensas divergências entre os poderes constituídos, especialmente quanto ao exercício das competências legislativa e judiciária. A independência e a harmonia nas relações entre os poderes têm sido apenas expressão formal de um programa constitucional, uma vez que no plano concreto tem-se verificado um nítido distanciamento entre a teoria e a prática.

Se, por um lado, a divisão do poder não é algo que se possa quantificar com uma simples expressão matemática, como se fosse possível atribuir a cada um dos “Três Poderes” o equivalente à fração de um terço de todo o poder estatal, por outro lado é latente e bastante perceptível a intensa disputa pelo domínio do poder de forma hegemônica, de maneira a se obter a total concentração deste mesmo poder em torno dos órgãos que detêm a legitimidade popular, adquirida mediante o exercício do voto, em detrimento de outro órgão de formação técnico-burocrática.

Nesse jogo de forças, encontram-se reunidos, de um lado, os Poderes Executivo e Legislativo e, de outro, o Poder Judiciário (juntamente com o Ministério Público). Essa disputa pelo controle

final das decisões supremas de interesse nacional parece ter se fortalecido a partir do julgamento da demanda que ficou conhecida como “Processo do Mensalão”: oferecida a Denúncia pelo órgão máximo de representação do Ministério Público brasileiro, sendo essa em seguida recebida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, deu-se curso a uma ação penal na qual inúmeros expoentes da “classe política” nacional passaram a figurar como réus e, uma vez concluído o julgamento, muitos desses réus, personalidades ligadas a diversos partidos políticos e ao escalão mais elevado do governo federal, foram condenados (a Ação).

Enquanto milhões de pessoas conhecidas apenas como “do povo” são alcançadas pela atuação persecutória do Estado e punidas, como exercício regular do poder punitivo estatal, expressão máxima da soberania, sendo isso um acontecimento comum e muitíssimo frequente, para uns poucos indivíduos essa mesma atividade soberana trouxe consequências políticas profundas, que intensificaram os conflitos finais existentes entre os poderes e está conduzindo para uma nova formatação do Estado no âmbito das relações institucionais, agora caracterizada pelo enfrentamento entre os órgãos centrais e de cúpula. É exemplo concreto das consequências políticas experimentadas, a apresentação das Propostas de Emendas à Constituição nº 33/2011 e nº 37/2011 pelo parlamento federal (a Reação).

Certamente, a divisão de funções hoje presente na Constituição Federal não corresponde àquilo que havia sido idealizado por Montesquieu, quando o pensador trouxe a lume a

obra “O Espírito das Leis” (1748), na qual substantivou a ideia de que, num modelo de Estado, organizado sob a forma da divisão do poder nas funções legislativa, executiva e judiciária, as atribuições de um dos poderes serviriam como um ponto de equilíbrio e atuaria, de forma interventiva, no outro poder, se necessário, harmonizando a própria relação entre eles (MONTESQUIEU, p. 133). Entretanto, essa divisão de poder, qualificada como harmônica e independente, segundo os critérios da modernidade e em conformidade com a Constituição Federal de 1988, corre sério risco de ser profundamente alterada e distorcida, ante os novos rumos que a política sinaliza implantar, especialmente considerando que o postulado de Montesquieu de que “só o poder freia o poder” apresenta sinais de ineficiência e de desgaste ante o modelo do Estado contemporâneo que, por tudo isso, apresenta forte tendência de retorno ao Absolutismo.

Rememore-se que o Estado deve sua existência exatamente ao entrelaçamento entre o poder de fato (política) e o direito, sem os quais não passaria de uma simples organização tribal: “o poder político e o direito sancionado pelo Estado surgem como dois componentes dos quais se origina o poder do Estado organizado de acordo com o direito” (HABERMAS, 2003, p. 180). Então, a partir desse enfoque, já é possível falar em Estado de Direito, ou seja, de uma organização política ordenada pelo direito ao qual todos, inclusive o próprio Estado, devem se submeter. Com isso, a harmonia e a independência dos poderes, como hoje é conhecida, pode ser compreendida como forma de refinamento da doutrina

clássica ou dualista, que se fundamenta no princípio da igualdade e na colaboração entre os poderes (LAUVAUX, 1987, p. 41).

De todo modo, a combatida concentração de poder à qual Montesquieu fez oposição, parece ser novamente uma realidade, agora não tanto explícita, mas certamente muito bem disfarçada e retoricamente apresentada sob a fórmula da independência e da harmonia entre os poderes. O que se evidencia nesse jogo de forças é a visão que o Poder Legislativo tem em relação ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, que têm sido rotulados como ativistas, e a compreensão sobre “O que é a Democracia?”, assim considerando, entre outros fatores, as justificativas dadas às Propostas de Emendas à Constituição anteriormente citadas.

## **1 Notas Preliminares sobre o Ativismo**

Analiticamente, entende-se 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. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios (BARROSO, 2010, p. 9).

Este é um importante ponto de partida para se entender a dimensão e o alcance do ativismo.

É inegável que o ativismo reúne a um só tempo a dimensão da política partidária, pois projeta seus reflexos diretamente sobre a forma da representação política adotada pelo Estado brasileiro, como também se revela intimamente associado à dimensão



jurídico-constitucional, em boa medida porque somente pode ser exercido nos limites previstos na Constituição para a atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público. Na primeira hipótese, são poucos os limites que se podem impor à atuação ativista, sendo ela, portanto, mais discricionária; na segunda, entretanto, esse limite é bem mais restrito e adstrito às balizas constitucionais.

Com efeito, a atuação ativista há de ser exercida com muita prudência.

Some-se a isso, como exemplo, que a noção sobre o ativismo judicial “[...] está ligada a decisões interpretativas e reconstrutivas”, a propósito do que “se um tribunal constitucional está autorizado a recorrer a estas formas de decisões, ele se sente encorajado a se envolver em mais interpretações ativistas da Constituição” (FERRERES COMELLA, 2004, p. 1725). Nesse sentido, é como se o ativismo fortalecesse e fomentasse cada vez mais a tomada de decisões ativistas pelo tribunal constitucional, realimentando-as ciclicamente.

Além disso, certamente que a atuação mais ativa do Poder Judiciário, ante as questões mais complexas e de amplo interesse da sociedade, gerou como consequência um fenômeno diferenciado e, provavelmente, não esperado, que se convencionou chamar de *judicialização da política*, correspondendo a uma segunda forma ou perspectiva de abordagem e de intervenção na política tradicionalmente conhecida:

[...] conflitos de natureza eminentemente política ou sobre temas morais profundamente controversos, bastante frequentes em sociedades democráticas, passam a ser resolvidos pelo Poder

Judiciário com fundamento em normas constitucionais de conteúdo principiológico (VALLE, 2009, p. 105).

Sob esse enfoque, o intérprete constitucional deve ser prudente e cuidar para não invadir o campo de atuação do legislador, não se podendo olvidar que o “ativismo judicial é frequentemente equiparado ao liberalismo político, enquanto a autocontenção é equiparada ao conservadorismo” (CANON, 1983, p. 237). E, por causa disso, uma importante lição que se apresenta é a de que quando se mede o grau de ativismo de um tribunal constitucional, deve-se focar o que o tribunal faz quando interpreta a Constituição (FERRERES COMELLA, 2004, p. 1725).

Em verdade, um tribunal é ativista quando ele interpreta a Constituição de uma forma que difere radicalmente da interpretação dada pelo legislador (FERRERES COMELLA, 2004, p. 1722).

Outro aspecto que merece ser destacado foi abordado no ensaio *Defining the dimensions of judicial activism*, por Bradley C. Canon (1983), para quem as discussões sobre ativismo judicial geralmente deixaram o termo mal-definido, tendo ele identificado seis elementos específicos que dão estrutura geral para um possível conceito. Um desses elementos, que mereceu a especial atenção de Canon, foi o majoritarismo.

Segundo Canon (1983, p. 240), o majoritarismo é provavelmente o critério mais utilizado para avaliar o ativismo judicial, e sugere que quando o tribunal exerce a *judicial review*

ele substitui por outra política pública a que foi promulgada pelos representantes eleitos no Congresso, nas Assembleias estaduais ou nas Câmaras municipais e que tal ação é em grande parte considerada ilegítima do ponto de vista da teoria democrática. Nessa perspectiva, a decisão do tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei aprovada e posta em vigor pelos representantes do povo, se qualifica como contramajoritária. A rigor, ativista ou não, a decisão que acolhe a tese de lei inconstitucional, expurgando-a do ordenamento jurídico, é a decisão de uma minoria que se contrapõe à vontade da maioria.

Seja como for, o ativismo é uma realidade, e essa terminologia tem sido empregada no sentido de indicar “o exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas” (BRANCO, 2011).

Admitindo-se essa linha conceitual e buscando-se integrá-la à questão central da discussão em debate neste ensaio, pode-se compreender o ativismo judicial como um modo próprio de interpretar os preceitos constitucionais dentro de um campo onde o julgador não se limita apenas a aplicar a lei de forma restrita à sua literalidade. O julgador ativista, que é acima de tudo um agente político a serviço da democracia, tanto quanto o são os agentes integrantes dos demais poderes, ocupa-se e preocupa-se em aplicar a lei interpretando-a e flexibilizando-a, quando e o quanto necessário. Entretanto, há que se ressaltar:

De maneira geral, quando o poder judiciário assume um papel politicamente mais ativo e particularmente quando faz valer seu poder de controle constitucional, isto é, quando se produz o que

se costuma chamar de “ativismo judicial”, é ele questionado e o argumento usualmente esgrimido é sua origem “não democrática”.

Está fora de qualquer dúvida de que em uma democracia é frequente o fato de que as agências políticas partidárias e outros grupos protagonizam lutas competitivas, com interesses e paixões formidáveis. É natural que qualquer limite externo que se lhe pretenda impor no exercício do poder encontre respostas diversas, segundo a posição conjuntural desses protagonistas, que não se detêm em alterar, segundo as novas posições que ocupam na estrutura do poder. Em tais pugnas, se o judiciário adotar uma atitude limitadora, é qualificado pelo oficialismo de intrometido antidemocrático, e também de complacente, por parte da oposição, se não o faz (ZAFFARONI, 1995, p. 41-42).

O ativismo judiciário é também proativo, uma vez que antecipadamente enxerga os espaços ou os vazios legislativos, ou de carga normativa deficitária, e avança proferindo decisões que promovam a pronta prestação da tutela jurisdicional do Estado, permitindo que o jurisdicionado possa ter acesso aos bens da vida que ou não foram regulados a tempo e modo na esfera legislativa, ou, se já o foram, padecem de terem sido produzidos de maneira insatisfatória ou deficiente. Sob esse enfoque, tem-se que a pronta e eficaz prestação da tutela jurisdicional é direito posto e constitucionalmente garantido e que, portanto, não pode ser postergado ou simplesmente ignorado.

O ponto de partida para a compreensão do ativismo centra-se, enfim, na perspectiva da relação existente entre os poderes do Estado, sendo essa relação muito mais de cunho ou de precedência política do que jurídica. De fato, qualquer discussão sobre ativismo deve partir da percepção que se tem quanto à

interferência que um poder político pode exercer sobre o outro e no que isso pode resultar em termos de ganhos ou de perdas. Para um pouco mais além dessas simples considerações, há uma importante ponderação que se impõe para uma profícua discussão sobre o ativismo judicial:

[...] a clareza da definição é pré-requisito de análise dessa prática judicial, especialmente para verificar a pertinência das críticas sobre o ativismo. Como se posicionar perante o ativismo se não se sabe quais os magistrados e decisões são ativistas? Enquanto persiste a confusão sobre o termo, prevalecem definições emocionais-políticas que usam o ativismo como termo pejorativo para desqualificar decisões ou tribunais contrárias a certas posições políticas. Tais definições não promovem o debate sobre a legitimidade da atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 460). O termo nunca possuiu um significado unívoco, podendo designar, também, a intensa atividade do Judiciário, sua intervenção em casos duvidosos ou claramente políticos, a amplitude e a forte intensidade dos efeitos das decisões judiciais, assim como o protagonismo do juiz no processo (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 470).

## **2 Emendas à Constituição como Reação ao Ativismo**

Com a Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011 (BRASIL, 2011a), ou “PEC do Judiciário”, o Parlamento pretendia introduzir alterações no texto constitucional, visando a modificação do mecanismo de declaração de inconstitucionalidade das leis, o condicionamento do efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, além de submeter ao Congresso Nacional a decisão final sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição e, pela Proposta de Emenda à Constituição nº

37/2011<sup>1</sup> (BRASIL, 2011b), ou “PEC da Impunidade”, pretendia-se introduzir alterações no texto constitucional para definir a atribuição privativa para a realização da investigação criminal pelas polícias Federal e Cíveis dos estados e do Distrito Federal, além de novas disciplinas sobre a atuação do Ministério Público, na forma do substitutivo apresentado.

A PEC nº 33/2011 teve como ponto de partida e de justificativa para a sua apresentação a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial, sendo este compreendido como um modo proativo de encaminhar as interpretações à Constituição pelos membros do Poder Judiciário, em sede de controle de constitucionalidade. Argumentou-se, por exemplo, a tarefa fácil de apontar os casos de explícito ativismo judicial e a dificuldade de se indicar exemplos de autocontenção pelo Supremo Tribunal Federal (*self restraint*), além de destacar que as reconhecidas deficiências do Poder Legislativo, associadas às várias crises de credibilidade que tem enfrentado não justificariam a adoção de medidas ativistas, na perspectiva de que um eventual vácuo político pudesse ser ocupado pelo Supremo Tribunal. Com isso, segundo a justificativa apresentada na proposta, com o crescimento do Poder Judiciário, isto é, com a sua hipertrofia, deslocou-se boa parte do debate sobre as questões relevantes do Legislativo para o Judiciário, com prejuízo à democracia. A crítica a esse modo de agir centra-se na perspectiva de que o Poder Judiciário não detém

---

<sup>1</sup> Nota: No dia 25 de junho de 2013, o Plenário da Câmara dos Deputados, em votação, rejeitou a Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011, tendo sido a matéria enviada ao arquivo.

legitimidade eleitoral, cabendo somente ao povo dizer o que é a Constituição, e com isso o Legislativo precisaria resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário. No conjunto de justificativas à PEC nº 33/2011, há expressa menção de que as decisões ativistas representam grave violação ao regime democrático e aos princípios constitucionais da soberania popular e da separação de poderes.

Sobre a PEC nº 37/2011 destacou-se, como justificativa ao projeto, que a falta de regras claras definindo a atuação dos órgãos de segurança pública causariam grandes problemas ao processo jurídico, uma vez que procedimentos de investigação informais, sem forma, controle e prazo, seriam absolutamente contrários ao Estado de Direito. Após inúmeras audiências públicas, que tiveram como eixo de orientação a atividade do Ministério Público na seara da investigação criminal, foi apresentada a PEC nº 37-A/2011, como substitutiva à PEC original, enfatizando-se, entre outras coisas, que o “ativismo ministerial proativo” da persecução penal discrepa, na prática, do marco regulatório estabelecido pela Carta Política.

O que se revela comum em ambas as propostas é a visão que o parlamento tem das demais instâncias detentoras do poder quanto ao exercício de suas competências, tendo como lastro ou respaldo ao modo de agir o ativismo e a proatividade.

Percebe-se que em ambas as propostas apresentadas os fundamentos que serviram de justificação pautaram-se numa espécie de oposição legislativa ao “ativismo judicial proativo” e ao “ativismo ministerial proativo”. Em relação à primeira espécie é como se o Parlamento entendesse que há a pretensão de o Poder Judiciário, representado pela Corte Suprema, abarcar competências legislativas ante a falta de credibilidade e o eventual vácuo político deixado pelo Parlamento; e, em relação à segunda espécie, é como se entendesse que haveria indevida invasão na seara da investigação criminal pelo Ministério Público.

### **3 A Representação Democrática e o Parlamento**

O povo é o detentor do poder e é dele que emana a vontade soberana de escolher seus representantes, a quem cabe representá-lo politicamente. Os representantes do povo pertencem às classes dos agentes políticos que integram as diversas casas legislativas e órgãos executivos da Administração Pública. Os parlamentares, agentes que integram as casas legislativas, são vereadores, deputados estaduais e distritais, deputados federais e senadores; já os chefes dos órgãos executivos são agentes políticos que exercem as competências mais elevadas da Administração Pública, como os prefeitos, os governadores e o presidente da República. Todos esses agentes titularizam a parcela de poder outorgada pelo povo mediante o exercício do voto. É do voto e, portanto, da vontade popular, que decorre a legitimidade da classe política para o exercício de seus mandatos e o cumprimento de seus deveres funcionais, dentro dos limites expressamente fixados



na Constituição. Nesse sentido, a “democracia constitui processo de convivência social em que o poder emana do povo e por ele há de ser exercido, ainda que indiretamente, porém em seu único proveito” (SILVEIRA, 1999, p. 33).

Frise-se, ainda, que o poder não é uma vantagem pessoal ou um bem que se confere ao agente político, mas apenas um instrumento para a realização e a satisfação das necessidades sociais e do povo. Sem o poder, nada se faz; com excesso ou desvio de poder tudo que se pode esperar é a conformação de uma classe política degenerada e corrompida. Desse modo, visando equilibrar e frear os avanços e retrocessos pelo mau uso do poder, a própria Constituição fixou os critérios para o seu exercício, contextualizando-o em um conjunto de normas diretivas do processo legislativo e explicitando as competências dos órgãos que integram o parlamento federal, separando topicamente as atribuições do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Mas essas normas não são ou se resumem em opções políticas, que podem ou não ser cumpridas. Elas são verdadeiros comandos constitucionais que ao tempo em que fixam regras de competências também determinam o cumprimento da vontade popular expressada pelo voto. Conseqüentemente, tem-se que a atuação dos agentes políticos não se regula exclusivamente por preceitos de ordem política, mas antes reclama a conjugação desta com a ordem jurídico-constitucional, de natureza normativa, expressa e sujeita ao sistema de controle previamente estabelecido no texto constitucional, tudo isso com o propósito último de bem e fielmente dar-se cumprimento ao mandato outorgado pelo povo

a seus representantes, de modo a tornar-se efetiva a democracia. Assim sendo, é crucial não perder o foco quanto à importância do regime democrático e o sentido do modelo representativo para a sociedade e para o Estado:

A democracia do Estado moderno é a democracia indireta, parlamentar, em que a vontade geral diretiva só é formada por uma maioria de eleitos pela maioria dos titulares dos direitos políticos (KELSEN, 2000, p. 43).

A democracia representativa talvez seja, antes de tudo, um sistema de governo apropriado àquelas situações nas quais por algum motivo é impraticável que os cidadãos participem diretamente do processo legislativo (ELY, 2010, p. 103).

Então, a questão que se oportuniza é saber se é “democrático” que o Poder Legislativo, legítimo representante do povo, somente reivindique sua competência constitucional diante ou após as manifestações ativistas do Supremo Tribunal Federal e do Ministério Público, assim considerando as justificadas dadas às Propostas de Emendas à Constituição inicialmente destacadas.

Embora não se busque aqui uma resposta para essa questão, apresentada de forma retórica, apenas lança-se uma provocação para o enfrentamento de uma questão maior que é a de determinar se o exercício da jurisdição constitucional é compatível com o regime de garantias do Estado Democrático constitucional. Em outras palavras, a questão que se mostra mais relevante é determinar se ao exercer o controle de constitucionalidade das leis, o tribunal constitucional não estaria usurpando uma função privativa do Parlamento, ao menos em tese. Ao enfrentar esse tema, Kelsen teceu as seguintes considerações:

O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto, não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional (KELSEN, 2007, p. 150).

Com efeito, não se pode ignorar que ao lado da representação política exercida pelo Parlamento há também outra importante forma de representação, que se subsume na atuação do tribunal constitucional quando, ao intervir realizando o controle de constitucionalidade das leis, dentro do quadro das possibilidades previstas no texto constitucional, revela a segunda face do sistema político, isto é, a da jurisdição constitucional, que ora atua como legislador negativo, expurgando do ordenamento jurídico as leis declaradas inconstitucionais, ora atua como legislador positivo, não propriamente no sentido de órgão criador de leis e de atos normativos, mas apenas preenchendo, pela via da interpretação ativista e proativa, quando necessário, os vazios deixados pelo legislador ou integrando a legislação deficiente, de modo a viabilizar o pleno exercício pelo jurisdicionado dos direitos constitucionalmente tutelados.

O Princípio da Democracia, que é um dos componentes que caracterizam o Estado brasileiro, não pode ser efetivo se o próprio Estado, por intermédio de parte de seus agentes políticos, não cuida de sanar as omissões e as deficiências legislativas,

simplesmente invocando o argumento que o parlamento é o único e legítimo representante da vontade do povo. Numa visão mais consentânea sobre o perfil do Estado que a sociedade moderna exige, omissões e deficiências legislativas são tão prejudiciais à concretização dos direitos e das garantias constitucionalmente previstas, quanto à produção de leis inconstitucionais e, ainda nesse contexto, a inatividade de uma parte dos detentores do poder político não pode ser considerada como simples atributo da independência do poder correspondente.

Com efeito, tal como Montesquieu afirmou, que somente um poder freia o outro, é lícito, constitucionalmente legítimo e razoável que um poder também possa ajustar, de forma complementar e integrativa, o ordenamento jurídico de modo a minimizar ou mesmo afastar as omissões e as deficiências do aparelho legislativo, ainda que isso possa levar a Corte Constitucional a adotar decisões que posteriormente sejam rotuladas como ativistas e proativas.

Legítimos representantes do povo são todos os agentes políticos que receberam essa incumbência diretamente da Constituição, elaborada e promulgada de acordo com as regras do regime democrático. Ativistas, proativistas e inativistas são rotulações que posteriormente serão atribuídas a esses mesmos agentes conforme o grau de suas atuações ou de suas omissões.

Sob esse enfoque, e apenas com o propósito de apontar um exemplo de omissão inconstitucional das funções legiferantes, tem-se que a Constituição Federal expressamente disciplinou o procedimento de deliberação e de votação sobre os vetos

presidenciais<sup>2</sup>, incluindo determinações específicas de prazo para a deliberação e o sobrestamento das demais proposições nas hipóteses que indicou (BRASIL, 2011c).

Entretanto, em que pese tratar-se de norma de envergadura constitucional, esta tem sido contumaz e flagrantemente descumprida pelos órgãos de cúpula do poder legislativo federal, uma vez que ao longo de duas décadas e meia somaram-se os vetos presidenciais aos projetos de leis aprovados, sem que houvesse a correspondente deliberação das casas legislativas. Somente depois de decorrido todo esse tempo de descumprimento

- 
- <sup>2</sup> Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.
- § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.
- § 2º - O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.
- § 3º - Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.
- § 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.
- § 5º - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.
- § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.
- § 7º - Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

do comando constitucional, o Parlamento publicou a relação dos vetos presidenciais pendentes de deliberação com o seguinte Aviso:

A Presidência comunica às Senhoras e aos Senhores Parlamentares que está convocada sessão conjunta do Congresso Nacional a realizar-se dia 20 de agosto do corrente, terça-feira, às dezenove horas, no Plenário da Câmara dos Deputados, destinada a apreciação de vetos presidenciais (BRASIL, 2013, p. 2).

**Tabela 1-** Vetos anteriores à Resolução nº 1, de 2013-CN

<b>Prontos para a Ordem do Dia</b>	
Vetos Totais	56
Vetos Parciais	1.638
Soma	1.694
Projetos	213

<b>Vetos Lidos em 3-7-2013</b>	
Vetos Totais	2
Vetos Parciais	185
Soma	187
Projetos	15

Fonte: Brasil (2013, p. 42).

**Tabela 2-** Vetos posteriores à Resolução nº 1, de 2013-CN

<b>Vetos em Tramitação</b>	
Vetos Totais	0
Vetos Parciais	41
Soma	41
Projetos	3

<b>Vetos Aguardando Leitura</b>	
Vetos Totais	0
Vetos Parciais	1
Soma	1
Projetos	1

Fonte: Brasil (2013, p. 72).

Diante desse quadro, impõe-se refletir: a não deliberação sobre os vetos presidenciais também não representaria grave violação ao regime democrático, aos princípios constitucionais da soberania popular e da separação dos poderes e também do processo legislativo?

#### **4 O Ativismo do Supremo Tribunal Federal**

O Supremo Tribunal Federal notabiliza-se por ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário e a instância de poder à qual foi expressamente atribuída a guarda da Constituição. Para a realização de suas competências constitucionais, o tribunal foi munido de um forte instrumental, com o qual exerce o controle de (in)constitucionalidade de leis ou atos normativos em sentido amplo, com a finalidade de manter a integridade da própria Constituição e das instâncias do poder, aí compreendidas, inclusive, as competências dos demais poderes e a separação destes, conforme restou determinado no acordo político firmado pelo legislador constituinte originário.

Manter a integridade da Constituição é uma tarefa que reclama, por vezes, incursões profundas no plano da independência dos poderes, o que tem sido considerado, entretanto, como

ativismo do Supremo Tribunal Federal. Com razão, porém, aqueles que defendem a necessidade dessa atuação interventiva com o propósito de preservar a própria Constituição:

Quando se registram omissões inconstitucionais do Estado, sempre tão ilegítimas quão profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, notadamente a desta Corte Suprema, para suprir incompreensíveis situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro.

Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que result a uma positiva construção jurisprudencial ensejadora da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes vulnerada e desrespeitada por inadmissível omissão dos poderes públicos (MELLO, 2012, p. 9-10).

Ao exercer o controle de constitucionalidade do instrumental normativo do Estado, o Supremo Tribunal age no exercício regular de suas competências explicitadas na Constituição, além de igualmente atuar como mais um protagonista no cenário político, desempenhando importantes funções na seara da jurisdição constitucional, que ultrapassam os limites de mero aplicador do direito positivo:

[...] a crescente judicialização das relações políticas em nosso País resulta da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao Judiciário pela vigente Constituição, que



converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram na arena política, conferindo, à instituição judiciária, um protagonismo que deriva naturalmente do papel que se lhe cometeu em matéria de jurisdição constitucional, como o revelam as inúmeras ações diretas, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceitos fundamentais ajuizadas pelo Presidente da República, pelos Governadores de Estado e pelos partidos políticos, agora incorporados à “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, o que atribui – considerada essa visão pluralística do processo de controle de constitucionalidade – ampla legitimidade democrática aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive naqueles casos em que esta Suprema Corte, regularmente provocada por grupos parlamentares minoritários, a estes reconheceu – pelo fato de o direito das minorias compor o próprio estatuto do regime democrático – o direito de investigação mediante comissões parlamentares de inquérito, tanto quanto proclamou, em respeito à vontade soberana dos cidadãos, o dever de fidelidade partidária dos parlamentares eleitos, assim impedindo a deformação do modelo de representação popular (MELLO, 2008, p. 26).

Há, todavia, uma diferença estrutural na conformação do poder atribuído ao Judiciário, que o difere do Legislativo e do Executivo, isso porque, enquanto esses poderes são constituídos e seus agentes políticos escolhidos pela manifestação da vontade popular expressada pelo voto, os agentes políticos que compõem o Judiciário são escolhidos em parte pelo sistema do concurso público e, noutra parte, por escolhas políticas entre personalidades dotadas de especial saber jurídico, sendo essas escolhas feitas dentro de um sistema que exige a conjugação da vontade do dirigente máximo do Poder Executivo e dos membros do Poder Legislativo, especificamente do Senado Federal. Desse modo, são os representantes majoritariamente eleitos pelo povo (presidente da

República e senadores), que escolhem uma parcela dos integrantes do Poder Judiciário, os quais exercerão parte do poder político atribuído pela Constituição: “O caso do Brasil, [...], é o único da estrutura judiciária latino-americana que escapa ao modelo empírico-primitivo, pois correspondente preferencialmente ao modelo técnico-burocrático” (ZAFFARONI, 1995, p. 125).

Essa forma de escolha dos integrantes do Poder Judiciário alinha-se com o modelo estabelecido de representação política prevista na Constituição Federal (BRASIL, 2011c).

Nesse contexto, a forma de escolha dos agentes políticos que comporão o Supremo Tribunal Federal é o resultado da conjugação das vontades dos mesmos agentes políticos que receberam o mandato popular. As vontades desses agentes, presidente da República e senadores, revelam, com igual força, a mesma vontade popular, que agora resulta da conjugação das representatividades do chefe máximo do poder executivo federal e dos integrantes do Senado Federal. Desse modo, a formação do Judiciário, e em especial do Supremo Tribunal Federal, não retira em nada sua qualificação de instituição democrática:

Uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha da eleição popular, pois, nem tudo o que provém dessa origem é necessariamente “democrático”. Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o judiciário. Quando se diz que o poder judiciário tem legitimidade constitucional, mas não legitimidade democrática, se ignora sua funcionalidade democrática (ZAFFARONI, 1995, p. 43).

Além disso, fazendo-se uma breve regressão histórica, constata-se que uma Assembleia Nacional Constituinte foi convocada para elaborar a nova constituição do Estado brasileiro. Os membros eleitos dessa Assembleia votaram e aprovaram o texto integral da Constituição Federal promulgada no ano de 1988, que dispôs sobre a formação dos órgãos do Poder Judiciário, disciplinando quanto à atribuição do presidente da República na indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal e a aprovação dos indicados pelo Senado Federal. Então, conseqüentemente, as decisões do Supremo Tribunal Federal que retiram a validade de leis que foram votadas e aprovadas no parlamento, depois de declaradas inconstitucionais, têm a mesma origem teleológica de poder, ou seja, também expressam, ainda que indiretamente, a legitimidade derivada da vontade popular.

Da mesma forma que é legítimo que o Parlamento vote e aprove leis constitucionais, segundo o processo legislativo posto, é igualmente legítimo que o Supremo Tribunal Federal expurgue do ordenamento jurídico as leis declaradas inconstitucionais, tudo isso dentro de um quadro circunstancial de equilíbrio de forças entre a vontade política do legislador e as possibilidades reinantes no ordenamento jurídico. Diante disso, não se pode deixar de considerar que a política e o ordenamento jurídico formam as bases que alicerçam a Constituição, de modo que não basta a livre e exclusiva vontade política ou uma simples decisão judicial, ainda que ricamente fundamentada, para a inclusão ou a exclusão de uma norma do ordenamento jurídico. Essa dupla dimensão que

dá suporte à existência e à estabilidade da Constituição também dá suporte às decisões judiciais que reconhecem e declaram a (in)constitucionalidade de leis. Todavia, se por um lado a produção de uma lei pode fundamentar-se exclusivamente na vontade popular, sem que haja profunda discussão no parlamento quanto à sua efetiva constitucionalidade, a exclusão de uma lei do ordenamento jurídico, qualificada como inconstitucional, pressupõe intensa reflexão e argumentação, que conduzem à necessária fundamentação pautada numa ordem principiológica de matriz constitucional realizada pelo Judiciário.

## **5 O Ativismo do Ministério Público**

A afirmação de que houve uma invasão na seara da investigação criminal pelo Ministério Público, o que foi tratado como “ativismo ministerial proativo”, é um ponto de vista a ser considerado, especialmente tendo em conta que a Constituição Federal disciplinou que a Polícia Federal destina-se a apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens e serviços da União, como também as infrações penais que tenham repercussão interestadual ou internacional, enquanto às Polícias Cíveis incumbe a apuração das infrações penais em geral. Não obstante, a mesma Constituição atribuiu ao Ministério Público a promoção da ação penal pública, a requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito e ainda, sutilmente, contextualizou o conjunto de atribuições dos órgãos de segurança pública com a finalidade de especialização das investigações afetas à Polícia Federal e de generalização das

investigações a cargo das Polícias Civis, sem prejuízo de reconhecer e atribuir ao Ministério Público, instituição essencial ao exercício da função jurisdicional do Estado, o mister de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Diante desse cenário, não há espaço para considerar a possibilidade de não ser possível a promoção da ação penal pública diante da ausência ou da deficiência ou ao retardamento injustificável de diligências investigatórias por parte dos órgãos policiais da União, dos Estados e do Distrito Federal. As investigações, desprovidas de qualquer adjetivação, são necessárias para a comprovação material de um fato criminoso e de sua autoria, de modo a viabilizar a promoção da ação penal, que exige um mínimo lastro probatório quanto a seus aspectos mais essenciais: prova da materialidade e indícios (suficientes) da autoria. Todavia, não se pode deixar de reconhecer, por um lado, o que a realidade tem insistentemente demonstrado quanto à criminalidade em todo o território nacional, em que se mostra evidente a crescente taxa de crimes violentos, de corrupção, de lavagem de dinheiro, de tráfico de entorpecentes etc., não apenas envolvendo pessoas “do povo”, como também as da “classe política”, e, por outro lado, que somente um percentual ínfimo desses fatos criminosos são solucionados pelos órgãos policiais.

Para entender a dimensão dessa realidade, basta ter em conta que inúmeros crimes nem sequer são registrados nas unidades policiais; dentro do reduzido número de crimes que são registrados sob a forma de boletins ou de ocorrências policiais,

percentual ainda menor corresponde ao de inquéritos instaurados, embora exista mandamento legal disposto no Código de Processo Penal, determinando a instauração de inquérito sempre que se tenha a notícia de crime de ação pública. Com efeito, somente pequeníssima fração de fatos criminosos, documentados sob a forma de inquérito, poderia viabilizar uma ação penal. Entretanto, para que isso ocorra, as requisições de investigação feitas pelo Ministério Público deveriam ser cumpridas pela autoridade responsável pela realização das diligências, com máxima eficiência e imediatidade, o que, entretanto, não corresponde à realidade conhecida.

Noutro plano de análises, há também o fato de que as autoridades envolvidas com as investigações na esfera policial quase nunca dispõem da isenção funcional necessária para a apuração das infrações penais que se relacionem ao escalão hierárquico superior da Administração Pública, o que às vezes conduz a omissões espontâneas quanto à realização das investigações e a devida documentação destas, e, às vezes, as omissões decorrem de imposições do escalão superior ou do próprio dirigente governamental.

Diante dessa realidade, como ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não lhe é dada a possibilidade de apenas manter-se inerte, deixando de agir e de promover diretamente as diligências necessárias à promoção da ação penal correspondente, sem embargo de que, caso a instituição Ministério Público somente

promovesse ações penais nos casos estritamente investigados por algum órgão policial, não haveria no presente momento político quem atribuísse ao seu comportamento a qualidade de “ativista” e de “proativo”, mas certamente o foco seria o seu “inativismo” e certamente seriam atribuídas ao Ministério Público as responsabilidades pelas elevadas taxas de criminalidade hoje registradas, e não aos órgãos policiais que receberam a atribuição para apurar e prevenir as infrações penais.

O “ativismo ministerial proativo” é uma qualidade do Ministério Público que foi outorgada e confiada pela própria sociedade com a missão de protegê-la. A sociedade brasileira é cada vez mais “ativista” e “proativa”, e é graças a isso que o Estado brasileiro passou da condição de autoritário e repressor para a de Estado de Direito. É no contexto desse Estado de Direito que se insere o Ministério Público ativista e proativo, que reage às ameaças corporativas que tentam impedir a solução de crimes que lesam os cofres públicos, que retiram recursos para o amparo da sociedade, como a saúde, a educação e a segurança, que elegem a corrupção, que buscam inocentar torturadores, etc.

Sendo o Ministério Público um legítimo representante e defensor da sociedade, é legítimo e até exigível que seja igual a essa mesma sociedade, ou seja, ativista e proativo.

No mais, como o Ministério Público é uma instituição essencial ao exercício da função jurisdicional do Estado e também o guardião do regime democrático, deve ele agir de modo a fazer que todos tenham acesso à jurisdição, quando seus direitos forem

violados ou ameaçados, ou ainda que se sujeitem à jurisdição quando forem os agentes violadores dos direitos alheios, sem distinção alguma.

## **6 Conclusão**

Com efeito, o julgador ativista não é um substituto do legislador, uma vez que as competências legislativa e judiciária encontram-se definidas e adequadamente especificadas no texto constitucional, sendo o ativismo judicial proativo a correspondente reação, imediata e eficiente, às lacunas e às deficiências legislativas e do aparelho estatal em geral.

Diga-se o mesmo quanto ao Ministério Público, que tem a missão constitucional de defender o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, cuja atuação ficaria severamente comprometida e exponencialmente reduzida, senão anulada, se tivesse de depender exclusivamente da atuação policial, quanto à realização de investigações criminais para a solução dos fatos ilícitos mais comuns até aqueles outros de maior amplitude e complexidade, como o são os crimes de corrupção, de lavagem de dinheiro, de tráfico de entorpecentes, de pessoas, de armas, e os crimes de tortura, para mencionar apenas alguns.

Dado que não é possível negar a prestação da tutela jurisdicional ao argumento de que a investigação criminal é função exclusiva dos órgãos policiais, não apenas o Ministério Público, mas também várias outras importantes instituições públicas também as realizam, com o propósito de não permitir o avanço da impunidade. Nesse contexto, causa certa perplexidade



quanto aos que se opõem à atuação do Ministério Público no campo da realização direta das investigações criminais, uma vez que o próprio legislador ordinário reconheceu, em momentos distintos, a possibilidade dessa atuação, sem rotular a instituição ministerial de ativista. A exemplo disso, e em conformidade com a Lei nº 10.741/2003, conhecida como “Estatuto do Idoso”, expressamente atribuiu-se ao Ministério Público a competência para instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo, valer-se do poder de expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar a condução coercitiva, pela polícia civil ou militar, além de poder requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigativas, podendo requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas (BRASIL, 2003b).

Essa possibilidade de realização de diligências investigativas diretamente pelo Ministério Público já havia sido igualmente prevista na Lei nº 8.069/1990, conhecida como “Estatuto da Criança e do Adolescente” (BRASIL, 1990).

Não obstante as citadas normas, outras mais viabilizam a realização de diligências investigativas na perspectiva de, por exemplo, combater-se a lesão ou a ameaça de lesão ao patrimônio público e a prevenção e o combate à corrupção, no âmbito das atribuições da Controladoria-Geral da União (BRASIL, 2003a) e

de examinar e identificar as ocorrências de atividades ilícitas no âmbito das atribuições do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (BRASIL, 1998a, 1998b).

No atual cenário sociopolítico vivido pela nação brasileira, que gradativamente vem assumindo postura mais ativista e reivindicadora de seus direitos, esta passou a exigir a eficiência dos diversos setores prestadores de serviços públicos, sendo, portanto, absolutamente impensável e inconciliável com o regime do Estado de Direito, que os agentes detentores de poder possam sustentar seus mandatos sem proverem, com presteza, eficiência e qualidade, os encargos efetivos da atividade legiferante, e deixar de conduzir o processo legislativo de forma a dar respostas rápidas, eficientes e qualificadas às pretensões sociais mais relevantes.

Não pode o legislador escudar-se no manto da discricionariedade política para produzir leis que não atendam e satisfaçam às necessidades sociais e do próprio Estado, ou simplesmente deixar de produzir aquelas que são indispensáveis ao exercício regular da cidadania, ou que em razão de seu conteúdo ou de sua forma estejam eivadas pelo vício da inconstitucionalidade, afrontando o ordenamento jurídico-constitucional, e ainda assim venham impedir ou mesmo dificultar que essas deficiências e omissões não sejam objeto de apreciação e de correção no âmbito da Jurisdição Constitucional.

As omissões e as inconsistências verificadas dentro do processo legislativo são determinantes para a pronta atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, ao tempo em que

igualmente legitimam a intervenção da Jurisdição Constitucional, que passa a ser a única instância de respostas concretas, hábeis a promover e a garantir o Estado de Direito em toda a sua plenitude, além de resguardar o equilíbrio dos poderes no regime democrático.

O ativismo e o proativismo atribuído às ações do Poder Judiciário e do Ministério Público alinham-se em nível de equivalência às deficiências e ao inativismo legislativo numa nítida relação de causa e efeito, e tudo isso considerado em conjunto, embora não seja determinante da formulação de um juízo de culpa ou não culpa, desse ou daquele poder ou instituição, certamente é um fator que impõe se faça urgente reformulação do papel das instituições, de modo a aperfeiçoar a atuação de todos os segmentos do Estado que, direta ou indiretamente, receberam o mandato popular da representação política, devendo-se cuidar para que não haja a sobreposição de um poder ao outro ou mesmo que se conduza a sociedade e o Estado modernos aos moldes do Absolutismo já ultrapassado.

Se, com fundamento no postulado de que somente um poder freia o outro, foi possível superar o regime absolutista, com igual fundamento pode-se afirmar que no atual regime do Estado de Direito o Poder Judiciário e a instituição democrática do Ministério Público têm o dever de agir de forma a superar as omissões, as deficiências e a concentração de poder, eventuais ou reiteradas, dos demais poderes, sempre em consonância como os preceitos constitucionais, de modo a impedir o retorno aos padrões do regime Absolutista.

**Title:** The Activism and the Democracy from the Standpoint of the Lawmaker

**Abstract:** This article focuses on judicial activism as a form of democratic integration, in the same way that it tries to take it as a complementary mechanism that shall be necessary to legislative activity. For various reasons, the current model of democratic representation, outlined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, is unable to fulfill the general needs of the people and the State itself, regarding the political representation, marked, almost always, as empty or even for its deficiency in its legislative activity. Alongside this, the understanding about “What is the Democracy?” is not shared by the organs of the dome of the Powers and the Public Ministry. Thus, it remains to judicial activity, focusing on the perspective of the Judicial Review, the task of knowing and understanding the length of such needs erasing the omissions and correcting distortions of legislative deficit. In the context of the current model of Judicial Review, judicial activism is the result, not merely a designed instrument of opposition to the system of representation, nor even working as an overlap, consequently, is a complementary tool and necessary for the protection of the Democratic State of Law. Because of this, it is also the main point of disagreement and competition policy among the State Powers.

**Keywords:** Judicial and ministerial activism. Complementary activity. Democratic representation. State of law.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, p. 3-41, fev./maio 2010. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-96-fev-mai-2010/menu-vertical/artigos/artigos.2010-06-09.1628631230/?searchterm=Barroso>>. Acesso em: 1 jul. 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. São Paulo: Juspodivm, 2011. v. 1. p. 387-402.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 33, de 25 de maio de 2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Brasília, maio 2011. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=AF403CE79775F22AFEE25DB67B2F39F9.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AF403CE79775F22AFEE25DB67B2F39F9.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011)>. Acesso em: 2 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Congresso. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 37, de 8 de junho de 2011*. Acrescenta o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal. Brasília, jun. 2011. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PPEC+37/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PPEC+37/2011)>. Acesso em: 2 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Senado. Avisos, notas e informações, de 22 de julho de 2013. *Portal Atividade Legislativa*, Brasília, DF, p. 42-74, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/plenario/cn/default.asp>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

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

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.799, de 8 de outubro de 1998. Aprova o Estatuto do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 out. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2799.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2799.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 maio 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.683.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 out. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos

previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2013.

CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, Nova Iorque, v. 66, n. 6, dez./jan. 1983. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/judica66&div=46&id=&page=>>>. Acesso em: 1 jul. 2013.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. São Paulo: Juspodivm, 2011. v. 1. p. 459-473.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRERES COMELLA, Víctor. The consequences of centralizing constitutional review in a special court: some thoughts on judicial activism. *Texas Law Review*, v. 82, jun. 2004. Disponível em: <[http://law-journals-books.vlex.com/source/texas-law-review-4054/issue\\_nbr/%2382%237](http://law-journals-books.vlex.com/source/texas-law-review-4054/issue_nbr/%2382%237)>. Acesso em: 1 jul. 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAUVAUX, Philippe. *O parlamentarismo*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987.

MELLO, Celso de. Discurso do Senhor Ministro Celso de Mello. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal*: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Presidente; Ministro Antonio Cezar Peluso, Vice-Presidente: sessão solene realizada em 23 de abril de 2008. Brasília, DF, 2008. p. 18-37. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta\\_de\\_Posse\\_do\\_Min\\_Gilmar\\_Mendes\\_na\\_Presidencia.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min_Gilmar_Mendes_na_Presidencia.pdf)>. Acesso em: 24 jul. 2013.

MELLO, Celso de. *Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres Britto na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 19/04/2012*. 17 p. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocm.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2013.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Ediouro, [199?].



SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos (checks and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

---

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

LIMA, José Wilson Ferreira. O ativismo e a democracia do ponto de vista do legislador. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 105-142, 2014. Anual.

---

**Submissão:** 6/3/2014

**Aceite:** 24/6/2014

---

# Ouvidoria do MPDFT – 10 Anos

## Maria Rosynete de Oliveira Lima

Procuradora Distrital dos Direitos do Cidadão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito Tributário pelo Uniceub.

**Resumo:** A ideia de criação da Ouvidoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios nasceu em 2002 e tornou-se realidade em 2004. Até hoje não possuímos marco legal determinado pela Constituição Federal, e funciona por ato administrativo do Procurador-Geral. É um canal de diálogo com o cidadão, permitindo a sua participação na gestão da instituição e contribuindo com a atividade-fim do promotor de justiça. A Ouvidoria não tem poder coercitivo, mas de inspeção e persuasão. O horizonte da Ouvidoria está repleto de objetivos, que, à medida que são alcançados, fortalecerão ainda mais o verdadeiro papel do cidadão em uma democracia.

**Palavras-chave:** Ouvidoria. Ministério Público. Evolução. Canal de diálogo. Controle social. Objetivos.

**Sumário:** 1 Breve Histórico. 2 Fundamento Constitucional. 3 Marco Legal – Espaço Legislativo a Ser Preenchido. 4 Instrumentos Administrativos Regulatórios. 5 Promotor de Justiça – o Ouvidor Nato da Atividade-Fim. 6 Ouvidoria: Espaço de Diálogo e de Controle Social. 7 Que Venham os Próximos 10 Anos. Referências.

## 1 Breve Histórico

Remonta ao ano de 2002 a sugestão feita pelo saudoso Procurador de Justiça Renato Sócrates Gomes Pinto ao Procurador-Geral de Justiça do MPDFT, para se formar comissão de estudos objetivando a implantação de “Ouvidoria Interna Experimental” no MPDFT, fundado em um contexto de valorização

da cidadania, pós-Constituição de 1988, que se constituía em permanente preocupação do estimado Renato Sócrates e sob o influxo do Código de Defesa do Consumidor de 1990.

Tratou-se primeiro de proposição apresentada pelo mesmo Procurador de Justiça e aprovada no Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em Araxá-MG, e que se consolidou com a decisão do egrégio Conselho Superior de formação da comissão, da qual participaram não só membros, mas também servidores.

A proposta argumentava que os resultados obtidos nessa primeira etapa, de uma Ouvidoria interna, poderiam “oferecer valiosos subsídios para a segunda etapa, ou seja, a implantação futura de Ouvidoria externa, sob a chancela de uma Ouvidoria-Geral”.

Confira-se, a propósito, as justificativas apresentadas na proposta aprovada no referido Congresso:

As ouvidorias, tanto no setor público como no privado, têm se multiplicado, sinalizando a validade desse poderoso canal entre os cidadãos usuários dos serviços e dos órgãos públicos em geral, ao assegurar àqueles o direito à informação, à qualidade e ao controle desses serviços.

O tipo de ouvidoria previsto no projeto de reforma judiciária é prejudicial à instituição e à Sociedade, pelo que deve o próprio MP criar, estrategicamente, ouvidoria própria.

No Distrito Federal, já foram criadas ouvidorias pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal.

No caso do Ministério Público, a implantação de ouvidoria não é tão simples como ocorre com os demais entes da Administração Pública. Mas Adalberto Cassemiro Alvez Braz obtempera que [...] significando o Ombudsman mecanismo de persuasão ao

administrador público, suas soluções são ágeis e conciliatórias, menos complexas e de menor custo que as proporcionadas pelos demorados processos administrativos e judiciais, razão por que se compatibilizam perfeitamente com as atividades dos Tribunais de Contas e Ministério Público.

Como ponto de partida, é forçoso se admitir que se trata de questão nova, polêmica, complexa e que requer estudos profundos.

A decisão de se criar ou não Ouvidoria-Geral deve ser precedida, então, de compreensão clara do instituto, de sua história, sua evolução, de seu conceito contextualizado com o Ministério Público e da resposta a indagações tais como o que seria uma Ouvidoria no MP, como seria a estrutura dessa Ouvidoria, como seria a nomeação do Ouvidor-Geral, quais as atribuições, o campo de atuação e o papel do Ouvidor, quais os custos desse investimento público, que benefícios traria esse investimento para a sociedade e para o Ministério Público, que resultados seriam esperados e como se compatibilizaria uma ouvidoria com uma instituição como o Ministério Público, que por sua natureza e pelas atribuições específicas de certos órgãos ministeriais muito se assemelha à figura do Ouvidor. (PINTO, 2004, p. 92-93).

O pensamento voltado para um atendimento dúplice, que ouvisse os públicos interno e externo era, enfim, o grande sonho do proponente, que se concretizou no ano de 2004. Nesse ano, no dia 10 de setembro, a Ouvidoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios foi criada pelo Procurador-Geral de Justiça Rogério Schietti, com a publicação da Portaria nº 1.736-PGJ. Em 11/11/2004, é designado o Procurador de Justiça aposentado Paulo Tavares Lemos para exercer a função de Ouvidor-Geral do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, para um mandato de dois anos.

O ato de criação materializou, sem sombra de dúvida, o reconhecimento do cidadão como partícipe do processo de melhoria dos serviços prestados pelo Ministério Público. A importância dessa participação cidadã é ressaltada no ano de 2005, pelo ouvidor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

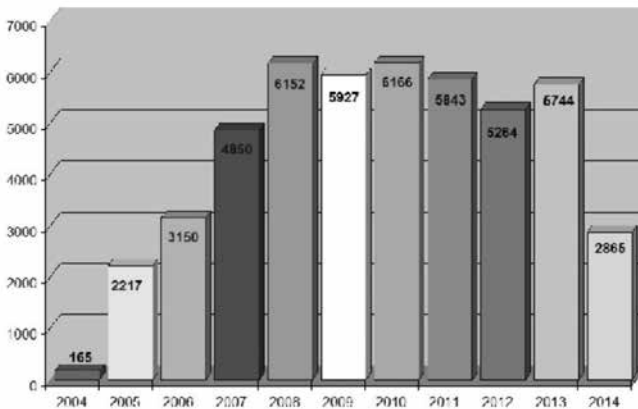
[...] na esfera privada, os ombudsmên têm a função de buscar satisfazer o cliente, visando manter competitivas as empresas onde estão inseridos. Porque, todos sabemos, o cliente insatisfeito simplesmente deixa de consumir o produto ou serviço que não lhe agradou, procurando outro local que o ofereça. Na esfera pública, especialmente no Judiciário, nosso 'cliente' pode ser considerado cativo, ou seja, ele é obrigado a consumir o serviço que prestamos, porque não existe a concorrência. Contudo enganam-se aqueles que pensam que não sofreremos 'prejuízo' com o 'cliente' insatisfeito. Nosso prejuízo, embora não possa ser medido financeiramente, atinge o nosso maior patrimônio, ou seja, a imagem da nossa instituição, colaborando para, cada vez mais, aquela percepção distorcida de 'se é público, é ineficiente'. (GONÇALVES, 2005, p. 79).

Nesse contexto a missão da Ouvidoria, desde o nascimento, não foi de apenas atender internamente a instituição, isto é, apenas seus próprios servidores e colaboradores. Mas, ouvir todo aquele que quisesse apresentar sugestões, reclamações, críticas e elogios sobre os serviços prestados pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, conforme consta das atribuições do artigo 5º da Portaria normativa originária. Portanto, uma Ouvidoria atenta em apurar a qualidade dos serviços que presta à sociedade, fosse ele o usuário interno ou externo.

A primeira manifestação foi cadastrada no dia 12/11/2004 e foi feita por servidor da Delegacia Regional do Trabalho no Distrito Federal, relatando irregularidades naquele órgão público, as quais estariam prejudicando a prestação do serviço público que ali deveria ser desenvolvido, e pedindo a apuração pelo órgão competente, porque internamente nada era apurado.

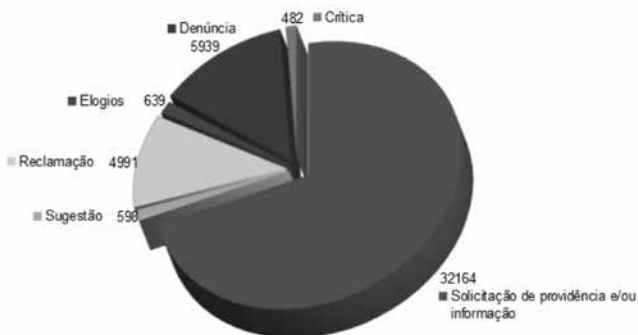
De lá para cá, acumulamos até o mês de junho/2014 mais de quarenta e oito mil manifestações que dizem não apenas com a instituição Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, mas agregam, segundo uma interpretação benevolente dos usuários, acerca da expressão “e Territórios”, situações ocorridas em qualquer espaço físico do Brasil e até no exterior.

**Gráfico 1** – Número de manifestações por ano de novembro 2004/junho 2014



Fonte: Departamento de Tecnologia da Informação-DTI/MPDFT.

## Gráfico 2 – Número de manifestações por tipo 2004/2014



Fonte: Departamento de Tecnologia da Informação-DTI/MPDFT.

## 2 Fundamento Constitucional

Consolidando nosso pioneirismo, veio a lume a Emenda Constitucional nº 45, de 8/12/2004, determinando, no artigo 130-A, a criação de Ouvidorias do Ministério Público por leis da União e dos estados, e se constituiu no “[...] primeiro passo dado pela sociedade e pelos membros do *Parquet*, no sentido de reconhecerem o papel das Ouvidorias como instrumento idôneo de defesa dos direitos do cidadão”, nas palavras de Rubens Pinto Lyra (2011, p. 60).

Eis o texto do dispositivo:

Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

*omissis*

§ 5º Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Pela leitura isolada e fazendo uma interpretação reducionista, desse dispositivo ter-se-á uma ideia de Ouvidoria de Ministério Público como mero balcão de protocolo de reclamações e denúncias contra membros ou órgãos do Ministério Público. Portanto, de eminente cunho correicional, o que não condiz com a própria natureza do instituto, que não se limita a essa ou àquela matéria, mas que se apresenta como canal de diálogo franco e aberto entre o cidadão e o Estado, permitindo que ele não só reclame ou denuncie, mas também solicite informações, ofereça sugestões e elogie as boas práticas.

Não é demais agregar a essa natureza que ao Ministério Público cabe, segundo artigo 129 da Constituição Federal, “[...] zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia [...]”. Portanto, quando na Assembleia Nacional Constituinte de 1988 fracassou a tentativa de se criar a função de *ombudsman*, proposta pela deputada Raquel Capiberibe, do PMDB do Amapá, que propunha a criação do “defensor do povo” (AMARAL, 1993, p. 117), e se fortaleceu as competências do Ministério Público na defesa da sociedade, outorgando-lhe legitimidade ativa para a propositura de ações judiciais para efetivação de políticas públicas, para velar



e exigir a qualidade na prestação de serviços públicos, tornando em realidade os direitos fundamentais, fez-se muito mais que incorporar as funções exercidas pelo *ombudsman* de origem sueca e típico de um sistema parlamentar de governo (MEDAUAR, 2012, p. 160; TROMBKA, 2005, p. 153).

Existe, pois, uma relação de complementariedade entre a instituição Ministério Público e suas próprias ouvidorias, já que, além de se apresentar como uma forma de controle interno das próprias atividades, atuando *intra corporis*, elas permitem que o cidadão auxilie o Ministério Público na sua atividade-fim, instigam o cidadão participativo nas atividades do Estado, oferecendo ao promotor de justiça subsídios para que cumpra suas competências constitucionais, por meio de denúncias, reclamações, sugestões e pedidos de informação.

Assim, a ouvidoria do Ministério Público é também um instrumento do Direito Administrativo de controle da administração pública (MEDAUAR, 2012, p. 168; MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 38), quando supervisiona a aplicação das leis e das normas que compõem o ordenamento jurídico em outra estrutura de poder, externa ao próprio Ministério Público, quando propõe ação civil pública ou outras medidas destinadas a garantir o respeito dos poderes públicos aos direitos reconhecidos, a correção de ilegalidades, entre outros.

Ademais, no próprio texto constitucional outros dispositivos devem ser colacionados para se ter a dimensão de uma ouvidoria.

E, mais ainda, a dimensão de uma ouvidoria de Ministério Público, instituição criada para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, segundo artigo 127 da Constituição Federal.

Nessa esteira, temos o artigo 5º, incisos XIV e XXXIII, que estipulam direitos relacionados à informação, *verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]. XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL, 1988).

E, antes da Emenda Constitucional 45/2004, o artigo 37 já havia sido modificado pela Emenda Constitucional 19/1998 dispendo sobre direitos dos administrados perante a administração pública e formas de participação e informação. Confirma-se o referido dispositivo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]. § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando

especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (BRASIL, 1988).

Nesse cenário, a ouvidoria do Ministério Público não serviria apenas para receber denúncia e reclamação “contra membros ou órgãos do Ministério Público”, mas tem um objeto mais amplo, que se extrai da sua própria natureza de serviço de comunicação entre o usuário e o administrador, pedindo informações de seu interesse pessoal ou públicas, sugerindo, criticando, elogiando boas práticas, além é claro de denunciar e reclamar acerca dos serviços prestados pela administração pública em geral, que são avaliados sob a ótica de repercussão nos direitos difusos e individuais indisponíveis.

Conclui-se, portanto, que o Ministério Público como órgão público executa tarefas de cunho administrativo e está jungido às normas constitucionais da boa administração, podendo ser instado, via ouvidoria, para dar-lhes cumprimento. Nessa seara o usuário contribui para o aperfeiçoamento administrativo do órgão. E, a par das tarefas administrativas, ele tem a incumbência constitucional de velar pela sociedade, atribuindo aos seus membros uma série de poderes, competências e atribuições para a

defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e a participação do cidadão pelo canal da ouvidoria vai além de reclamar e denunciar “contra membros e órgãos”, ele pode também reclamar de outros serviços públicos, denunciar atos ilícitos em geral, pedir informações, sugerir, elogiar, criticar, entre outros.

### **3 Marco Legal – Espaço Legislativo a ser Preenchido**

Seguindo os passos das instituições ministeriais que já haviam criado sua ouvidoria, os anos seguintes à referida emenda constitucional serviram para que muitos ministérios públicos dos estados providenciassem mudanças legislativas em suas leis constitutivas, ou a promulgação de lei própria tratando da instituição da ouvidoria no âmbito ministerial. Atualmente, vinte e cinco Ministérios Públicos dos estados têm ouvidoria criada por lei. O Ministério Público do Espírito Santo e os Ministérios Públicos da União – Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Federal – têm ouvidoria instituída por ato interno do Procurador-Geral, bem assim o Serviço de Atendimento ao Cidadão do Ministério Público Militar.

Aqui, no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, temos adotado providências desde setembro de 2012 para a concretização de um ato legislativo federal que crie a ouvidoria como órgão componente da estrutura do Ministério Público do DF e Territórios.

A primeira ideia para essa concretização toma como ponto de

partida a ouvidoria como novo órgão da estrutura ministerial e na qual deve ser inserida, como fizeram outros ministérios públicos estaduais. Assim, a Lei Complementar nº 75, de 20/5/1993, que dispõe sobre a organização e atribuições do Ministério Público da União, e em cuja estrutura encontra-se o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, bem assim os demais ramos (artigo 24) – Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Federal e Ministério Público Militar – haveria de ser alterada para inclusão da ouvidoria na estrutura individual de cada um desses ramos. No caso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios o artigo 153 deveria ser alterado com a inclusão de novo inciso para o órgão – ouvidoria, aproveitando a constatação do Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, Mauro Flávio Brandão (2011, p. 111), de que a ouvidoria situa-se organicamente com os demais órgãos da administração superior, “[...] possuindo status administrativo que lhe permite dirigir-se diretamente a todos os outros órgãos da instituição e tendo deles a deferência legal e prioritária no atendimento de suas solicitações”.

Todavia, não se pode descartar a questão que diz com a oportunidade e conveniência política do processo legislativo para se promover tal alteração na Lei Orgânica do Ministério Público da União. Surge, assim, a possibilidade de criação da ouvidoria por lei ordinária, tratando, exclusivamente, desse tema.

Assim, uma minuta de anteprojeto<sup>1</sup>, que pode servir de base

---

<sup>1</sup> Esse anteprojeto tomou por base o “Anteprojeto de Lei da Ouvidoria do Ministério Público Federal”, elaborado no ano de 2012, após ampla consulta pública.

para quaisquer dos instrumentos legislativos acima citados, foi apresentada à Procuradora-Geral de Justiça Eunice Carvalho, que a encaminhou ao Conselho Superior, e, após alguns ajustes, foi aprovada (processo administrativo nº 08190.019534/13-74) e encaminhada ao Procurador-Geral da República em 29/11/2013 (ofício nº 1.952/2013/PGJ).

Enquanto não estabelecido o marco legal tem-se uma ouvidoria que funciona atrelada ao sabor da administração superior, ou seja, se o procurador-geral tem como meta a melhoria do atendimento ao cidadão que procura o Ministério Público, a transparência e a qualidade do serviço público que presta, o setor receberá o incremento necessário, ou próximo ao ideal; se não, funcionará com poucos recursos humanos e materiais e será um verdadeiro faz de conta.

Essa situação desborda, inquestionavelmente, na falta de independência de atuação nos limites da ouvidoria, inclusive para receber denúncias e reclamações contra membros, órgãos e serviços auxiliares do Ministério Público como manda a constituição federal; na falta de disposição dos membros e setores demandados de responderem às demandas encaminhadas pela ouvidoria; minando a aptidão da ouvidoria de influir na formatação da própria instituição, baseada nas manifestações que recebe; e de se consolidar como uma via de comunicação com a sociedade, cujos interesses constituem-se na razão de ser do Ministério Público.

Não temos dúvidas de que a materialização do diploma legal

criando a Ouvidoria do Ministério Público do DF e Territórios dotará sua atuação de maior eficácia, concretizando a sua verdadeira missão de contribuir para a formação da democracia brasileira, instigando a participação das pessoas, permitindo que elas sejam melhor informadas, que conheçam o Ministério Público, acompanhem seus procedimentos, enfim, aprimorem os serviços que lhes são prestados.

#### **4 Instrumentos Administrativos Regulatórios**

A Ouvidoria do MPDFT existe e atua por força de atos administrativos.

A Portaria nº 139-PGJ, de 19 de novembro de 2010, regula o atual funcionamento da nossa Ouvidoria. Ela traça as diretrizes, que são implementadas na prática pelos regimento interno, manual de processos e procedimentos e estrutura funcional determinada pela Procuradora-Geral de Justiça.

O artigo 4º estabelece as competências da Ouvidoria nos seguintes termos:

I – receber, examinar e encaminhar representações, reclamações, críticas, apreciações, comentários, elogios, pedidos de informações e sugestões sobre as atividades desenvolvidas pelo Ministério Público;

II – representar fundamentadamente e diretamente aos órgãos da Administração Superior do Ministério Público, ou, se for o caso, ao Conselho Nacional do Ministério Público, nas hipóteses previstas no art. 130-A, § 2º, da Constituição Federal;

III – determinar o arquivamento das representações, reclamações e peças de informação que não apontem irregularidades ou que não estejam minimamente fundamentadas;

- IV – garantir a todos os demandantes o direito de registro de suas manifestações e de retorno sobre as providências adotadas e os resultados obtidos, exceto nas hipóteses de sigilo;
- V – prestar à sociedade esclarecimentos e informações sobre os serviços desenvolvidos pelo MPDFT;
- VI – elaborar estudos e pesquisas com base nas sugestões e reclamações apresentadas, visando aprimorar ou propor novos procedimentos no âmbito do MPDFT;
- VII – manter processo constante e contínuo de divulgação interna e externa dos serviços da Ouvidoria, de forma a dar ciência à sociedade do seu papel institucional, bem como dos resultados obtidos e das atividades desenvolvidas pelo MPDFT;
- VIII – elaborar, mensalmente, relatório de atividades da Ouvidoria, encaminhando-o ao Procurador-Geral de Justiça;
- IX – promover articulação e parcerias com outros organismos públicos e privados;
- X – organizar e manter arquivo da documentação relativa às representações e demais manifestações endereçadas à Ouvidoria; e
- XI – desenvolver outras atribuições compatíveis com a sua finalidade.

O atendimento na Ouvidoria do MPDFT se dá por diversos meios: presencial, telefônico, eletrônico, postal e pelas urnas de recebimento de manifestações nas unidades do MPDFT. Todas essas manifestações são cadastradas no sistema eletrônico e no ano de 2013 alcançaram o número de 5.743 manifestações. Tem-se também uma página na rede social Facebook, que iniciou funcionamento em fevereiro de 2013 e que a cada dia tem se mostrado como fonte de manifestações para o Ministério Público. Ressalte-se que o fornecimento de informações de interesse público, utilizando quaisquer desses meios de comunicação pela Ouvidoria do Ministério Público, eleva a visibilidade e a credibilidade da instituição perante a população e o maior



beneficiário é justamente a parcela mais carente e desprovida da sociedade, que não tem acesso aos meios tecnológicos de obtenção de informações de seu interesse ou não dispõe de recursos financeiros, portanto, utiliza os números de ligação gratuita – 127 e 08006449500 – ou comparece pessoalmente à Ouvidoria na tentativa de buscar solução para o seu problema.

Os encaminhamentos feitos pela Ouvidoria são informados ao manifestante no prazo médio de cinco dias e, se o membro, órgão ou serviço auxiliar informa a Ouvidoria a providência adotada, esse dado é incluído na manifestação e informado ao manifestante. A Portaria nº 139/2010 estipula um prazo de trinta dias, salvo justo motivo, para que seja dada uma resposta ao interessado.

Importante ressaltar que o ouvidor não dispõe de competência correicional e o exercício da função não pode ser cumulativa com aquelas inerentes à de Conselheiro do Conselho Superior, Procurador Distrital dos Direitos do Cidadão e Corregedor-Geral, mas admite que seja cumulativa com as atribuições originárias de membro do Ministério Público, segundo artigos 3º, §3º, e 5º, da referida portaria normativa.

A Ouvidoria tem, ainda, sob sua gerência, o Serviço de Informações ao Cidadão-SIC (DISTRITO FEDERAL, 2012a) e os Serviços de Triagem e Encaminhamento do Cidadão (DISTRITO FEDERAL, 2013). O primeiro chegou em julho de 2012, fruto da Lei 12.527/2011, como um grande desafio para a Ouvidoria de implementar o acesso ativo a informações públicas

neste Ministério Público. Foram necessárias discussões e reuniões em comissão composta por diversos representantes (DISTRITO FEDERAL, 2012b), ajustes em rotinas e procedimentos, adequando-os aos parâmetros legais. Ainda temos muito a fazer, já que o SIC não dispõe de sistema eletrônico próprio, ferramenta importantíssima para se atingir a presteza e celeridade impostas pela norma.

Os Serviços de Triagem já estão criados nas coordenadorias das promotorias de justiça de Ceilândia, Samambaia e Paranoá, e serão instalados de forma progressiva nas demais coordenadorias. Eles estão sob a coordenação direta do Promotor-Coordenador de cada unidade do Ministério Público das cidades do Distrito Federal, e, remotamente, contam com o apoio qualitativo da Ouvidoria, por meio da Central de Controle de Informações para Atendimento ao Cidadão.

Além desses atos normativos internos, tem-se ainda as Resoluções nº 95, de 22/5/2013, e 104, de 2/12/2013, do Conselho Nacional do Ministério Público, que tratam das ouvidorias do Ministério Público e do próprio Conselho.

## **5 Promotor de Justiça – o Ouvidor Nato da Atividade-Fim**

A atividade-fim do Ministério Público está estampada na Constituição Federal – defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127) – e é detalhada na própria Constituição Federal e nas leis orgânicas da União e dos estados e outros diplomas

legais. Essa enorme missão exige do promotor de Justiça muitas habilidades, que vão muito além do elevado conhecimento jurídico. Assim, a par do conhecimento técnico-jurídico, uma dessas outras habilidades consiste em se dispor a comunicar-se com a sociedade a sua volta, ouvi-la, saber de suas demandas e sugestões.

Existem várias formas de o promotor de justiça pôr em prática essas ações, como por exemplo: as audiências públicas, a participação em reuniões comunitárias, o atendimento presencial na promotoria de justiça etc. Nesses momentos, o promotor de justiça tem a oportunidade de conhecer as demandas sociais e individuais indisponíveis de perto, fazer a colheita dos elementos de convicção e promover as medidas judiciais e extrajudiciais necessárias ao atendimento da demanda.

Esse contato inicial também é potencializado pelo funcionamento da ouvidoria, que é, por excelência, um canal de comunicação com a sociedade. Não haverá uma sobreposição ou repetição de tarefas, como justificaram alguns que se opuseram à criação de uma ouvidoria do Ministério Público, mas uma ampliação significativa da capacidade do promotor de justiça de conhecer essas demandas, permitindo uma participação das pessoas na instituição de forma ágil, desburocratizada e simples.

Ressalte-se que as facilidades da comunicação eletrônica e a existência de números de ligação gratuitos não exigem o deslocamento físico da pessoa, a marcação ou a espera por uma audiência com o promotor de justiça, basta uma ligação telefônica

ou uma manifestação por formulário eletrônico da Ouvidoria para que o promotor de justiça, em pouco tempo, tome conhecimento do caso e possa agir, tomando as primeiras providências.

A Ouvidoria ao receber demandas individuais explicita a limitação constitucional existente na persecução ministerial da maioria delas ao manifestante, mas não deixa de levá-las ao conhecimento do promotor de justiça, que terá condições de transpor as questões relevantes das demandas individuais para o âmbito coletivo. Um exemplo está na reclamação de falta de acessibilidade à pessoa com deficiência física – cadeirante – em uma rodoviária. O problema atinge toda uma coletividade e não só aquele indivíduo.

A Ouvidoria do Ministério Público atua, assim, em caráter subsidiário e auxiliar ao promotor de justiça na execução de sua atividade-fim, acolhendo o manifestante, recebendo a sua demanda e encaminhando-a ao seu principal destinatário – o promotor de justiça com atribuições para conhecer e atuar no caso concreto.

Confira-se o que determina a Portaria nº 139/2010 sobre o tema no artigo 7º, §§ 5º e 6º:

§ 5º Se a manifestação envolver fato perante o qual o Ministério Público tiver o dever de agir e para tanto estiver legitimado, o Ouvidor determinará sua remessa ao órgão de execução com atribuições para o trato da matéria.

§ 6º Na hipótese a que alude o parágrafo anterior, incumbirá ao titular do órgão de execução, ou a quem o esteja substituindo, informar à Ouvidoria acerca das providências tomadas, cabendo a esta, se for o caso, repassar as informações, didaticamente e em linguagem acessível, aos interessados. (BRASIL, 2010).

Vê-se, portanto, que a Ouvidoria do Ministério Público não restringe o recebimento de manifestações àquelas que tocam com a eficiência e transparência administrativas do órgão, em uma atividade típica de controle e de fiscalização. Ademais, não há limitação temática das manifestações. Portanto, a Ouvidoria do Ministério Público vai além das tarefas ordinárias de uma ouvidoria meramente administrativa, permite que as pessoas contribuam significativamente para a execução das atividades finalísticas da instituição, que exercitem a cidadania, participando ativamente da vida em comunidade, importando-se com o que acontece a sua volta e impacta na vida de todos.

## **6 Ouvidoria: Espaço de Diálogo e de Controle Social da Instituição**

O artigo 1º da Constituição Federal dispõe em seu parágrafo único: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”

Esse dispositivo chama a nossa atenção para o fato de que a democracia brasileira não se esgota no ato de votar e ser votado, ou na atuação legislativa dos representantes que elegemos. Ele permite uma participação direta da sociedade na construção dessa democracia. Ele conclama as pessoas a participarem dessa construção diretamente, conforme o próprio texto constitucional.

Na Constituição Federal encontramos diversas formas de participação que vão além do votar e ser votado, a ouvidoria é uma delas, dentre tantas outras como o tribunal do júri, a ação popular, a lei de iniciativa popular, o referendo etc.

Mas como a ouvidoria contribui para a formação da nossa democracia?

A ouvidoria abre um diálogo com o indivíduo, permitindo que ele participe da administração pública, sugerindo, fiscalizando, denunciando, elogiando as boas práticas. Um diálogo entre quem exerce o poder e aquele que é destinatário desse mesmo poder. Sobre o tema discursou Humberto Pedrosa Espíndola, no seminário “Ações de Cidadania”, promovido pela Câmara dos Deputados no ano de 2001, e rememorado por Ilana Trombka (2005, p. 157):

[...] o Estado democrático de direito tem como uma de suas principais características o estabelecimento de canais entre os poderes constituídos e os cidadãos, a população. Esses canais facilitam a circulação de informações e permitem a transparência, indispensável ao desempenho do regime democrático. Portanto, completa ele, a ouvidoria é um agente meio na prestação de determinado serviço, trabalhando com a circulação de informações e, então reforçando seu caráter democrático.

Há poucos dias entrou em vigência o Decreto nº 8.243, de 23/5/2014, que institui a Política Nacional de Participação Social e constitui as ouvidorias públicas federais como “instância de controle e participação social”, segundo artigo 6º, inciso IV. Foi um passo importante, mormente para os ramos do Ministério Público que ainda não reconhecem o patamar a que foi elevado a ouvidoria.

Mas esse contexto de ouvidoria como instância de participação social não deve se restringir a uma manifestação

meramente retórica de um canal de escuta da instituição. A esse espaço de escuta qualificada deve-se agregar um papel proativo de acolhimento, escuta atenta, encaminhamento, acompanhar ou buscar solução e avaliar o grau de satisfação pelo atendimento.

Constata-se, então, que o ouvidor não tem poder coercitivo, mas poderes de inspeção e persuasão. Fato que, para Daisy Asper y Valdés, Subprocuradora da República, “representa seu ponto mais forte, e não sua fraqueza”, e complementa:

Enquanto o processo coercitivo pode causar uma imediata mudança com respeito à determinada ação, arrisca-se, àquele que impôs, a gerar um sentimento de frustração e relutância no agente quanto a acatar recomendações em ações futuras. Contrariamente, quando as mudanças resultam de um processo racional, bem fundado, tendem a modificar o modo de pensar, com resultados duradouros, em benefício de potenciais queixosos, no futuro. Se a proposta é genuína, como consequência da ação do Ombudsman ou do Ouvidor, a instituição ganha em reconhecimento conseguindo atrair o respeito dos cidadãos através de um processo confiável e racionalizado de atuação. (ASPER Y VALDÉS, 2013, p. 70).

No mesmo sentido, afirma Rubens Pinto Lyra (2011, p. 50), ao diferenciar a atuação do promotor de justiça do ouvidor, pois, enquanto o Ministério Público assegura o respeito aos direitos violados ou a reparação desses, sob pena de cominações, “[...] por força das suas prerrogativas jurídicas [...]”, o ouvidor atua, exclusivamente, “[...] na base da persuasão e do convencimento”. E Daisy Asper y Valdés completa seu pensamento afirmando o seguinte:

Para que o Ouvidor possa influenciar nas mudanças recomendadas deve fundamentar-se em investigação profunda de todos os fatos, em meticulosas considerações de todas as perspectivas e em rigorosa análise de todos os aspectos. Através dessa racionalização bem instrumentalizada, os resultados tornam-se bem mais convincentes do que simplesmente pela aplicação da coerção impositiva. Impõe-se, portanto, ‘pela autoridade moral, pelo acerto de suas conclusões e pelo equilíbrio de suas atitudes’. (ASPER Y VALDÉS, 2005, v. 3, p. 3-18).

Quanto à atividade administrativa do Ministério Público, releva de importância a Ouvidoria como canal de diálogo com seu público interno, que é por excelência conhecedor das tarefas administrativas executadas pelo órgão, e com o público externo, usuário do serviço prestado, permitindo que o cidadão conheça a instituição, participe, contribua para uma administração mais ágil, simples, eficiente, desburocratizada e transparente. Daí a necessária integração com o departamento de comunicação da instituição, conforme sustenta Luiz Iasbeck (2012, p. 29), quando leciona que ela “[...] é uma instância mediadora de comunicação entre organizações e públicos, cuja função primordial é ‘curar vínculos estremecidos no relacionamento entre organizações e seus públicos’”.

## **7 Que Venham os Próximos 10 anos...**

O olhar para o futuro é como enxergar o horizonte... essa linha aparente ao longo da qual o céu parece tocar a terra, ou o mar, e cuja visão é particularmente espetacular no céu de Brasília. Admirado por todos, cantado em verso, prosa e música pelos artistas e poetas, o horizonte servirá de metáfora nestas breves



conclusões sobre o que se sonha para a Ouvidoria do Ministério Público do DF e Territórios nos próximos dez anos, na certeza de que a cada passo dado em sua direção, a cada conquista, novo horizonte se alinhará e a busca se renovará num constante caminhar.

Do pouco que se conseguiu dizer neste pequeno texto, não é difícil concluir que a Ouvidoria amplifica aquela reclamação feita no balcão da promotoria de justiça, resmungada nos corredores do Ministério Público e por vezes publicada pela imprensa. Sendo, pois, um canal de convergência de reclamações, denúncias, sugestões e solicitações, conclui-se também que é um órgão que detém informações valiosas, capazes de construir indicadores para a instituição, orientar projetos, auxiliar a gestão de pessoas, entre outros. De outra parte, não é uma instância de correição ou decisória, mas pode ajudar a resolver eventuais conflitos institucionais, mediar interesses ou recomendar decisões.

Contudo, não basta alterar o volume da voz do cidadão dentro do Ministério Público.

É imprescindível ouvir, acolher, entender, explicar, avaliar, mediar, articular com outras ouvidorias do poder público para que o cidadão possa falar, para que sua voz ecoe nas instituições e órgãos públicos e provoque mudanças todas as vezes em que precisemos corrigir nossas ações, ou inações. E, não se enganem, esse espaço público de respeito com o outro favorece a formação cívica, a dignidade do ser humano, colabora para impedir abusos e repetição de erros, enfim, aproxima a sociedade do Ministério Público.

Isso passa pelo reconhecimento de que temos falhas, que precisamos melhorar e que ninguém melhor do que aquele que usa nossos serviços para nos apontar onde elas estão. Mudar o entendimento do gestor quanto ao acolhimento de reclamações dos usuários, para que veja nelas uma oportunidade de melhoria, com a implantação de medidas simples, possíveis e úteis a todos que procuram o Ministério Público, é um desafio.

Trabalhamos, então, para que a sociedade tenha na próxima década uma Ouvidoria do Ministério Público do DF e Territórios criada por lei; funcionando com estrutura adequada; utilizando sistema informatizado eficiente e ágil, conectado com os setores de triagem das demais unidades do Ministério Público do DF e Territórios; sistema informatizado exclusivo para o Serviço de Informações ao Cidadão; rotinas mapeadas; certificação ISO<sup>2</sup>; com indicadores de desempenho satisfatórios, permitindo que o

---

<sup>2</sup> “A denominação ‘International Organization for Standardization’ permite diferentes acrônimos em diferentes idiomas (IOS em inglês, OIN em francês, OIP em português) e, por isso, seus fundadores decidiram usar a abreviatura ISO, que significa ‘igual’. [...] Esta família de normas estabelece requisitos que auxiliam a melhoria dos processos internos, a maior capacitação dos colaboradores, o monitoramento do ambiente de trabalho, a verificação da satisfação dos clientes, colaboradores e fornecedores, num processo contínuo de melhoria do sistema de gestão da qualidade. Aplicam-se a campos tão distintos quanto materiais, produtos, processos e serviços. A adoção das normas ISO é vantajosa para as organizações uma vez que lhes confere maior organização, produtividade e credibilidade - elementos facilmente identificáveis pelos clientes -, aumentando a sua competitividade nos mercados nacional e internacional. Os processos organizacionais necessitam ser verificados através de auditorias externas independentes.” Disponível no link: [http://pt.wikipedia.org/wiki/ISO\\_9000](http://pt.wikipedia.org/wiki/ISO_9000). Acessado em 13/6/2014.

manifestante acompanhe a tramitação de uma manifestação na Ouvidoria e no SIC, e consiga reclamar de eventual atraso; com produção de dados que contribuam para os projetos institucionais; integração com o departamento de comunicação, com vistas a fortalecer o conceito institucional, diante da opinião pública – numa comunicação organizacional integrada; e, por fim, integração eletrônica com as demais ouvidorias de Ministério Público.

Todas essas metas, se e quando alcançadas, melhorarão a credibilidade da instituição, valorizarão a cidadania e contribuirão para o fortalecimento do nosso estado de direito democrático, e constituem nosso horizonte para a próxima década.

**Title:** The Ombudsman Office in the Public Ministry of the Federal District and Territories – 10 years.

**Abstract:** The idea of an Ombudsman Office in the Public Ministry of the Federal District and Territories emerged in 2002 and became a reality in 2004. Until now, we don't have a law determined by the Federal Constitution, and thus was created by an administrative act of the Prosecutor General. It is a communication channel with the population, that allows their participation in the management of the institution and also contributes with prosecutors' activities. The ombudsman office does not have coercitive powers, but only that of inspection and persuasion. The horizon of the ombudsman office is full of goals which, once reached, will reinforce the true role of the citizens in the democracy.

**Keywords:** Ombudsman office. Public Ministry. Evolution. Dialogue channel. Social control. Goals.

## Referências

AMARAL FILHO, Marcos J. T. do. *O ombudsman e o controle da administração*. São Paulo: Edusp: Ícone, 1993.

ASPER Y VALDÉS, Daisy. *Ombudsmen e ouvidorias em países em desenvolvimento: elementos essenciais e desafios comuns*. In: FÓRUM NACIONAL DE OUVIDORIAS PÚBLICAS, 1., 2003, Brasília. *Anais...* Brasília: Ouvidoria-Geral da União, dez. 2013.

\_\_\_\_\_. Ouvidorias, participação e cidadania. In: FÓRUM NACIONAL DE OUVIDORIAS PÚBLICAS DA OUVIDORIA-GERAL DA REPÚBLICA, 3., 2005, Cuiabá. *Anais...* Brasília, DF: Palácio do Planalto, 2005. v. 3.

BRANDÃO, Mauro Flávio Ferreira. Ouvidorias e Ministério Público. In: LYRA, Rubens Pinto; CARDOSO, Antonio Semeraro Rito (Org.). *Novas modalidades de ouvidoria pública no Brasil*. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2011.

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

DE MÁRIO, Camila Gonçalves. *Ouvidorias públicas em debate: possibilidades e desafios*. Jundiaí: Paco Editorial, 2011.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Portaria Normativa n° 139*, de 19 de novembro de 2010. Regulamenta a Ouvidoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT. Disponível em: < [https://intranet.mpdft.mp.br/bamp/arquivos/Portarias/Portarias\\_PGJ/2010/n2010\\_0139.pdf](https://intranet.mpdft.mp.br/bamp/arquivos/Portarias/Portarias_PGJ/2010/n2010_0139.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Portaria normativa n° 243*, de 20 de novembro de 2012. Institui o Serviço de Informações ao Cidadão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e dá outras providências. Brasília, 2012a. Disponível em: < [https://intranet.mpdft.mp.br/bamp/arquivos/Portarias/Portarias\\_PGJ/2012/n2012\\_0243.pdf](https://intranet.mpdft.mp.br/bamp/arquivos/Portarias/Portarias_PGJ/2012/n2012_0243.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Portaria Normativa n° 563*, de 16 de maio de 2012.

\_\_\_\_\_. *Portaria normativa n° 286*, de 28 de novembro de 2013. Institui, no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a Central de Controle e Informações para Atendimento ao Cidadão e os Serviços de Triagem e Encaminhamento do Cidadão. Disponível em: < [https://intranet.mpdft.mp.br/bamp/arquivos/Portarias/Portarias\\_PGJ/2013/n2013\\_0286assinada.pdf](https://intranet.mpdft.mp.br/bamp/arquivos/Portarias/Portarias_PGJ/2013/n2013_0286assinada.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2014.

DONADELI, Paulo Henrique Miotto. A ouvidoria e o controle interno da administração. *Informativo Jurídico Consulex*, Brasília, DF, v. 17, n. 40, p. 9-12, 2003.

GONÇALVES, Hermenegildo. *Ouvidorias judiciárias*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005.

GONÇALVES, Hermenegildo. A ouvidoria e o acesso à justiça. *Revista de doutrina e jurisprudência do TJDF*. Brasília, DF, v. 100, p. 24-38, set./dez. 2012.

IASBECK, Luiz Carlos Assis (Org.) *Ouvidoria: mídia organizacional*. Porto Alegre: Sulina, 2012.

LACERDA, Ricardo. *Ouvidoria: portal da cidadania*. Olinda: Livro Rápido, 2009.

LYRA, Rubens Pinto. Ouvidorias e Ministério Público: as duas faces. In: LYRA, Rubens Pinto; CARDOSO, Antonio Semeraro Rito (Org.). *Novas modalidades de ouvidoria pública no Brasil*. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2011.

MAIA, Juliana de Souza. Ouvidoria como instrumento de gestão ética, transparente e participativa. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano 25, n. 2, 2007. Disponível em: <[www.tce.mg.gov.br/revista](http://www.tce.mg.gov.br/revista)>. Acesso em: 25 abr. 2014.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Controle da administração pública pelo Ministério Público*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, João Elias de. Ouvidoria pública brasileira: evolução de um modelo único. In: VISMONA, Edson (Org.).

*A ouvidoria brasileira*. São Paulo: Associação Brasileira de Ouvidores; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2005. p. 45-54.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Proposta de criação de ouvidoria no MPDFT. In: CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 5., 2002, Araxá. *Anais...* Brasília: Technoarte, 2004. p. 91-100.

TROMBKA, Ilana. Ouvidoria parlamentar: uma proposta para o Senado Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 166, p. 151-163, abr/jun 2005.

---

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

LIMA, Maria Rosynete de Oliveira. Ouvidoria do MPDFT – 10 anos. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 143-172, 2014. Anual.

---

**Submissão:** 16/6/2014

**Aceite:** 28/7/2014

---

# A Reforma Psiquiátrica Brasileira para o Resgate da Cidadania das Pessoas Acometidas por Transtorno Mental no Distrito Federal

**Pollyana Beatriz de Oliveira Alves**

Analista Processual do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Pós-Graduada em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Bacharel em Direito.

**Resumo:** O presente trabalho busca analisar se as atuais políticas públicas do Distrito Federal seguem as diretrizes trazidas pela Reforma Psiquiátrica brasileira, bem como se realiza uma análise crítica reflexiva acerca das políticas públicas de saúde mental já implementadas pelo governo do Distrito Federal, buscando verificar se são suficientes para atender a demanda dos pacientes usuários do Sistema Único de Saúde – SUS acometidos por tal patologia, como forma de resgate da cidadania. Propõe-se uma reflexão acerca do processo de Reforma Psiquiátrica brasileira, que culminou com a edição da Lei nº 10.216/2001 e propôs novas diretrizes à atual rede pública de saúde disponibilizada pelo SUS aos pacientes acometidos por transtornos mentais. Realiza-se pesquisa de caráter bibliográfico e documental acerca das mudanças implementadas pela Lei nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção dos direitos das pessoas com transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, estabelecendo diretrizes de assistência extra-hospitalar, de reinserção social e de serviços multiprofissionais.

**Palavras-chave:** Saúde mental. Políticas públicas. Distrito Federal. Cidadania.

**Sumário:** Introdução. 1 Sistema Único de Saúde – SUS: Princípios e Conquistas. 1.1 A Reforma Psiquiátrica e o Novo Modelo de Atenção à Saúde Mental. 1.1.1 Trajetória Histórica da Saúde Mental no Brasil. 1.1.2 A Reforma Psiquiátrica Brasileira: Lei nº 10.216/01. 1.2 Rede de Saúde Mental. 1.2.1 A Atenção Básica. 1.2.2 O Centro de Atenção Psicossocial – CAPS. 1.2.3 Leitos em Hospital Geral. 1.2.4 Programa de Volta para Casa. 1.2.5



Serviço de Residência Terapêutica – SRT 1.3 O Paradigma da Desinstitucionalização. 2 Da Política Pública de Saúde Mental no Distrito Federal. 2.1 Plano Diretor de Saúde Mental do Distrito Federal 2007-2011 2.2 Plano Diretor de Saúde Mental do Distrito Federal 2011-2015. 3 Cidadania. 3.1 A Cidadania como Direito Fundamental. 3.1.1 Práticas de Cidadania nos Serviços de Saúde Mental – caso Damião Ximenes Lopes. 3.2 Resgate da Cidadania dos Pacientes Acometidos de Transtorno Mental no Distrito Federal. 4 Conclusão. Referências.

## **Introdução**

O Sistema Único de Saúde – SUS foi instituído pela Constituição Federal de 1988 e trouxe novas diretrizes ao tratamento disponibilizado aos pacientes usuários da rede pública de saúde, buscando assegurar-lhes melhores condições de vida, mediante garantia de acesso à assistência integral e equitativa à saúde (BRASIL, 2004).

Dentro desse sistema maior insere-se o Sistema de Saúde Mental, que foi reformulado pelo processo da Reforma Psiquiátrica, ensejando a mudança do tratamento disponibilizado pela rede pública de saúde aos pacientes acometidos de transtornos mentais que, durante muito tempo, ficaram segregados em hospitais psiquiátricos da rede privada (BRASIL, 2004).

Portanto, a substituição do antigo modelo de tratamento em saúde mental, pautado no isolamento desses indivíduos, por uma concepção mais humanizada de assistência, só foi possível devido ao processo da Reforma Psiquiátrica, que culminou com a edição da Lei nº 10.216/2001 (BRASIL, 2004).

Essa lei federal propõe o cuidado do paciente acometido de transtorno mental em sua plenitude, como sujeito de direitos e não mais como uma mera doença a ser tratada. Esse novo modelo de assistência apresenta como estratégia fundamental a desinstitucionalização do tratamento em saúde mental, privilegiando a concepção de tratamento em serviços comunitários de saúde mental, em instituições de caráter aberto, como forma de fortalecer os laços afetivos desses indivíduos e, dessa maneira, auxiliar no seu processo de reabilitação e reinserção social (BRASIL, 2005).

O presente trabalho busca avaliar se o redirecionamento da assistência em saúde mental em nosso país, trazido pela Reforma Psiquiátrica, foi suficiente para conduzir o processo de mudança do tratamento disponibilizado pelo SUS aos pacientes acometidos por transtorno mental no DF, bem como se a atual Política Pública de Saúde Mental do DF, preconizada nos Planos Diretores de Saúde Mental 2007-2011 e 2011-2015, da Gerência de Saúde Mental do Distrito Federal, segue as diretrizes trazidas pela Reforma Psiquiátrica.

Buscou-se verificar se as políticas públicas de saúde mental já implementadas pelo governo do Distrito Federal são suficientes para atender a demanda dos usuários do SUS acometidos por tal patologia, como forma de resgate da cidadania. Isso porque somente quando for garantido amplo acesso dos pacientes acometidos de transtorno mental aos dispositivos da Rede de Saúde Mental do Distrito Federal, possibilitando-lhes a

assistência integral, será possível resgatar-lhes a cidadania, que tem na dignidade da pessoa humana seu principal fundamento.

Este trabalho é composto por três capítulos, divididos da seguinte forma: no *Capítulo I* enfatiza-se a trajetória histórica da saúde mental, a evolução do processo da Reforma Psiquiátrica e sua contribuição na construção da atual rede de saúde mental do país. No *Capítulo II* descreve-se a atual política pública de saúde mental do Distrito Federal, bem como a que será implementada, conforme descrito nos Planos Diretores de Saúde Mental 2007-2011 e 2011-2015, da Gerência de Saúde Mental do Distrito Federal. No *Capítulo III* aborda-se a definição de cidadania como direito fundamental e sua prática nos serviços de saúde mental. Para tanto, utiliza-se como referencial o caso de Damião Ximenes Lopes, morto na Casa de Repouso Guararapes, em Sobral - CE. Por fim, busca-se verificar se a política pública de saúde mental, já implementada no Distrito Federal, é suficiente para resgatar a cidadania dos pacientes acometidos de transtorno mental no Distrito Federal.

A análise histórica do sistema de saúde no Brasil revela que, durante todo o século XX, as ações e serviços de saúde foram executados de forma pontual, vinculados aos benefícios concedidos pela Previdência Social. Como consequência, a sociedade foi fragmentada em dois grandes grupos: um representado pelos indivíduos com direito aos serviços de saúde e outro integrado pelos excluídos desses serviços de assistência. Esse segundo grupo era representado pelos trabalhadores que

não contribuíam com a Previdência Social, os desempregados e as pessoas com deficiências, que recebiam precário suporte assistencial das Santas Casas de Misericórdia ou de instituições religiosas (MARCHEWKA, 2003).

Foi nesse cenário nacional de conflitos sociais que o Sistema Único de Saúde – SUS foi instituído pela Constituição de 1988, com a finalidade precípua de assegurar melhores condições de vida para toda a população brasileira, mediante garantia de acesso à assistência integral e equitativa à saúde. O funcionamento desse sistema foi regulamentado pela promulgação das Leis 8.080/90 e 8.142/90, formuladas com o intuito de fazer cumprir a disposição constitucional de proteção e defesa da saúde (BRASIL, 2004).

Segundo Oliveira e Nappo (2008), o SUS ocupa lugar de destaque no quadro sanitário brasileiro, não apenas por definir a estrutura de organização institucional da área de saúde e de se constituir em modelo único de atendimento, mas especialmente por representar mudança de paradigma na forma de direcionar, conceber, pensar e fazer assistência à saúde no país.

Contudo, apesar dos diversos avanços conquistados pelo SUS desde sua implantação, permanecem óbices à sua efetiva consolidação, revelando a coexistência de aspectos inovadores e conservadores nesse sistema. Enquanto o aspecto inovador pode ser observado na própria proposta do sistema e em seus princípios, que expressam modelo de atendimento universal e igualitário em saúde, o aspecto conservador relaciona-se à baixa institucionalidade alcançada, uma vez que se constata

significativo distanciamento entre as ações formuladas e aquelas que são executadas pelo governo (OLIVEIRA et al., 2008).

A construção do SUS foi orientada em princípios: princípios doutrinários de direito sanitário que norteiam a formulação das ações e serviços em saúde e princípios estruturantes de sua organização. Apesar dessa distinção teórica entre os princípios, sua atuação integrada é que permite a consolidação de uma rede de atenção à saúde e favorece a formulação e implementação de políticas públicas de saúde no país (JACOBINA, 2008).

O SUS possui como princípio básico o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, em todos os níveis de atenção. Esse princípio está em consonância com as diretrizes impostas pela Constituição de 1988, na medida em que estabelece que a saúde é um direito fundamental social inerente a todos os indivíduos, não podendo sofrer restrições de qualquer natureza ou privilegiar indivíduos em detrimento de outros (OLIVEIRA et al., 2008). Portanto,

[...] fica explícito que o Brasil optou por um sistema público e universal de saúde, que deve garantir atendimento integral para todos os cidadãos, não cabendo, em nenhuma hipótese, a limitação de seus atendimentos a um “pacote” mínimo e básico de serviços de saúde, destinado à parcela mais pobre da população. (BRASIL, 2011a, p. 223).

Nessa medida, a assistência em saúde deve ser disponibilizada a todos, variando de acordo com a intensidade, forma e peculiaridades da doença e do tratamento exigido, sem quaisquer diferenciações no que se refere aos aspectos social, econômico e cultural dos indivíduos (JACOBINA, 2008).

Em relação ao princípio da integralidade, o artigo 7º, inciso II, da Lei 8.080/1990 estabelece a seguinte definição: “II – [...] conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.” Isso significa que as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde devem ser consideradas como um todo indivisível, não sendo recomendada sua compartimentalização em segmentos estanques, sob pena de comprometer a efetivação do direito à saúde.

O princípio da resolutividade relaciona-se à eficiência do sistema no atendimento em saúde. Dessa forma, as ações e os serviços de saúde devem ser executados de forma contínua, com qualidade, em respeito à interdisciplinaridade das áreas de conhecimento associadas ao seu objeto e articulação das categorias profissionais. Visa ao aprimoramento das prestações em saúde num contexto global, abrangendo ações preventivas e curativas (JACOBINA, 2008).

O princípio da intersetorialidade visa ao desenvolvimento de ações integradas entre os serviços de saúde e outras áreas de atuação que não estejam compreendidas no âmbito do SUS, com a finalidade de articular políticas e programas de interesse à saúde. O incentivo à intercomplementaridade assegura a utilização racional dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos e favorece a potencialização dos efeitos das políticas públicas (JACOBINA, 2008).

O princípio da descentralização significa redistribuição de responsabilidades pelas ações e serviços de saúde entre os vários níveis de governo, que devem atuar de forma integrada e com ênfase na assistência local, exercida pelos municípios. Esse processo de descentralização para a periferia reforça a autonomia municipal e a participação da comunidade, já que a esfera local, em virtude da proximidade com a população circunvizinha, possui melhores condições de indicar as prioridades e demandas mais frequentes da região (OLIVEIRA et al., 2008).

Além dessa descentralização da responsabilidade pela prestação de assistência direta à população para os municípios, verifica-se a ocorrência desse mesmo processo nas relações de poder e nos recursos financeiros, uma vez que os municípios dependem da cooperação técnica e financeira da União e dos Estados para executar suas atribuições (OLIVEIRA et al., 2008).

Já em relação ao princípio da hierarquização, pressupõe-se a construção de uma rede de atenção à saúde, composta por unidades de distintos níveis de complexidade e que se articulam entre si para assegurar atendimento integral em saúde. O nível primário dessa rede representa o primeiro nível de atenção à saúde e absorve grande parte das demandas por atendimento, sem esgotar as necessidades dos usuários do SUS. Em consequência, os procedimentos graves e caracterizados por maior complexidade são encaminhados para as unidades específicas de média e alta complexidade, conforme orientação médica. Portanto, a organização dos serviços em saúde apresenta configuração de

forma piramidal, com a atenção básica em sua base e as unidades mais especializadas mais próximas do ápice (BRASIL, 2011a).

A construção dessa rede de atenção em saúde também exigiu a distribuição geográfica de suas unidades pelo território nacional como forma de favorecer o acesso aos serviços de assistência, o que fundamenta o princípio da regionalização (JACOBINA, 2008). Esse princípio estabelece que os serviços de atendimento devem ser prestados a sua população circunvizinha e, apenas quando a complexidade do caso o exigir, será realizado o encaminhamento pelo profissional de saúde para outra unidade, fora da região de moradia do usuário (OLIVEIRA et al., 2008).

Entretanto, apesar de cada unidade de saúde possuir atribuições específicas, a lógica de funcionamento do SUS nem sempre tem sido observada, com falhas no sistema de referência e contrarreferência, o que resulta em excesso de demanda aos serviços especializados, especialmente aqueles que disponibilizam atendimento de emergência (OLIVEIRA et al., 2008).

Por fim, a Lei Orgânica da Saúde no Brasil (Lei 8.080/90) inovou ao prever os princípios da participação popular e do controle social. Esses princípios são expressão da garantia constitucional que preconiza a contribuição da população, por intermédio de entidades representativas, no processo de formulação das políticas públicas de saúde e no controle de sua execução, em todos os níveis da federação (OLIVEIRA et al., 2008).



## 1.1 A Reforma Psiquiátrica e o Novo Modelo de Atenção a Saúde Mental

### 1.1.1 Trajetória Histórica da Saúde Mental no Brasil

O modelo psiquiátrico instituído no mundo ocidental, a partir do século XVII, baseou-se em condutas de enclausuramento e isolamento das pessoas acometidas por transtornos mentais, determinando a segregação desses indivíduos do meio social e sua consequente reclusão em manicômios (BRASIL, 2010).

O afastamento desses indivíduos do convívio social não foi apenas resultado da corrente terapêutica de tratamento adotada à época, mas especialmente representou alternativa capaz de garantir a ordem pública, conduta de caráter higienista. Segundo Guimarães (2010, p. 277, grifo nosso) e colaboradores: “[...] A doença mental era considerada caso de ordem pública e de polícia, em que a atuação da psiquiatria era repressiva [...]. *Ao doente mental não era garantido qualquer direito de cidadania.*”

Até o final da década de 50, escassa foi a produção normativa acerca da saúde mental e poucos avanços foram incorporados nas condutas terapêuticas de tratamento dos indivíduos com transtornos mentais. Segundo Barros e Egrý (1994, p. 82):

Até o final da década de 50, o cuidado ao doente mental continua essencialmente restrito ao interior dos asilos. A assistência psiquiátrica brasileira revelava, ainda, extraordinária lentidão em tomar conhecimento das importantes transformações pelas quais passava a prática psiquiátrica na Europa e nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial.

Em meados dos anos 60, a elevada demanda por atendimento médico e as precárias condições dos hospitais da rede pública favoreceram o processo de mercantilização da saúde. Nesse período, o Estado optou pela contratação de serviços de saúde, inclusive psiquiátricos, da rede privada, ao invés de realizar incentivos na própria rede pública (BRASIL, 2010).

Privilegiou-se o interesse de grupos particulares, na medida em que esses foram beneficiados com a percepção de vultosos lucros provenientes das internações em hospitais psiquiátricos. Conforme asseveraram Guimarães (2010, p. 277) e colaboradores:

No período da ditadura militar, alguns psiquiatras e psicanalistas, em consonância com o governo, encontraram no louco uma grande fonte de lucro. O número de internações por neurose em hospitais psiquiátricos, que em 1965 era de 5.186, em 1970 passou para 18.932. No ano de 1975, esse valor se elevou para 70.383 e, em 1977, já estava em 200.000. Estima-se que, no período de 1950 a 1970, a população de doentes mentais tenha aumentado em 213%, enquanto o crescimento da população geral no Brasil foi de 82%.

No Brasil dos anos 70 do século passado, a assistência psiquiátrica era reflexo do processo de desestruturação da saúde pública. Em contraposição aos discursos legais de prioridade de tratamento ambulatorial e hospitalização de curta permanência aos indivíduos com transtornos mentais, a precariedade da rede de atenção à saúde mental ainda era evidente. As internações tinham duração média de 25 anos e superlotavam os hospitais, adotando-se medidas coercitivas e isolamento dos doentes como

formas de tratamento, acrescidos da situação dramática do déficit de profissionais capacitados (GUIMARÃES et al., 2010).

Movimentos sociais contrários a esse modelo de exclusão foram fortalecidos após inúmeras denúncias de maus tratos, agressões, violências sexuais e mortes ocorridas nos hospitais psiquiátricos, o que colocou em cheque a efetividade das condutas de assistência psicossocial oferecidas aos indivíduos com transtornos mentais (NOGUEIRA; COSTA, 2007).

Nesse sentido, o processo de reforma psiquiátrica tomou novo vulto com denúncia de irregularidades na Divisão Nacional de Saúde Mental - DINSAM, entidade com atribuições de planejamento, coordenação e fiscalização dos serviços de assistência e reabilitação em saúde mental, culminando no Movimento de Trabalhadores em Saúde Mental – MTSM (GUIMARÃES et al., 2010).

Nas décadas de 1980 e 1990 o processo brasileiro de reforma psiquiátrica constituiu um novo cenário para a saúde mental, pois foi marcado por inúmeras experiências antimanicomiais. Novos serviços de caráter extra-asilar foram implantados em todo o país ao longo dessas duas décadas, na tentativa de resgatar a singularidade e a complexidade do adoecer psíquico. Desse modo, o século XXI desponta com o desafio de avançar na implementação das propostas de desinstitucionalização, tão cara à luta antimanicomial, rompendo as barreiras da inércia habitual dos serviços públicos (MAPELLI JUNIOR, 2010).

Em 1987, ocorreu a I Conferência Nacional de Saúde Mental, na cidade do Rio de Janeiro, com a formulação das primeiras propostas e ações para a reorientação do modelo de atenção psicossocial. Esse evento propôs a revisão do modelo manicomial, ao preconizar a instituição de serviços extra-hospitalares, a serem desempenhados por equipes multidisciplinares, e a progressiva extinção dos leitos psiquiátricos asilares e sua substituição por leitos em hospitais gerais públicos (MAPELLI JUNIOR, 2010).

No mesmo ano, houve o surgimento do primeiro Centro de Atenção Psicossocial - CAPS no Brasil, localizado na cidade de São Paulo, que serviu de modelo para a implantação de outros centros no país (BRASIL, 2005).

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também foi decisiva na ruptura de paradigma no tocante à saúde. Instituiu novas bases para a construção do ordenamento jurídico pátrio, com valorização da dignidade da pessoa humana e proteção dos direitos individuais e coletivos.

A partir de 1992, movimentos sociais motivados pelas diretrizes contidas no Projeto de Lei Paulo Delgado (PL nº 3.657/89) conseguem aprovar leis, em vários estados brasileiros, com intuito de promover a substituição progressiva dos leitos psiquiátricos por uma rede de atenção integrada ao tratamento de portadores de transtornos mentais (BRASIL, 2005).

### 1.1.2 A Reforma Psiquiátrica Brasileira: Lei nº 10.216/01

Nessa trajetória, em 6 de abril de 2001, foi sancionada a Lei nº 10.216, ou “Lei da Reforma Psiquiátrica Brasileira”, como é

conhecida, o que significou um novo impulso para a efetivação das políticas de atenção psicossocial de caráter aberto e com base comunitária. Essa lei dispõe sobre a proteção aos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

De acordo com a proposta trazida pela Política Nacional de Saúde Mental busca-se a substituição do modelo hospitalocêntrico e o resgate da cidadania ao portador de transtornos mentais por meio da inclusão social, reinserção familiar e respeito aos direitos e liberdades, garantindo-lhes a livre circulação e interação com a comunidade (RIO DE JANEIRO, 2010).

Esse modelo propõe a redução pactuada e programada de leitos psiquiátricos de baixa qualidade e conta com uma rede de serviços e equipamentos, estrategicamente organizados em torno dos CAPS. A proposta é que as internações sejam feitas em leitos de atenção integral em hospitais gerais ou no CAPS/24h, sendo os hospitais psiquiátricos de grande porte, aos poucos, substituídos. Importante ressaltar que a extinção de leitos em hospitais psiquiátricos deve ser acompanhada pela ampliação da rede extra-hospitalar regionalizada, para que a substituição pelo modelo de cuidado integral comunitário-ambulatorial seja garantido como medida de proteção ao portador de transtornos psiquiátricos (RIO DE JANEIRO, 2010).

A atenção integral deve ser garantida por atuação multidisciplinar, mediante cuidados médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer e outros necessários

para a reabilitação psicossocial do paciente e de seus familiares (RIO DE JANEIRO, 2010).

## 1.2 Rede de Saúde Mental

Conforme já abordado, a Reforma Psiquiátrica, movimento internacional de assistência à saúde mental, está comprometida com a substituição do padrão hospitalocêntrico por uma rede de serviços substitutivos extra-hospitalares e comunitários para atenção à saúde mental. Esse modelo de assistência reforça os princípios do SUS, no sentido de uma assistência universalizada e hierarquizada, abrangendo todos os níveis, desde a promoção da saúde aos serviços especializados (DISTRITO FEDERAL, 2010, p. 366).

Essa rede pode contar com ações de saúde mental na atenção básica, Centros de Atenção Psicossocial – CAPS, Serviços Residenciais Terapêuticos – SRT, leitos em hospitais gerais, ambulatórios, bem como com o Programa de Volta para Casa, sempre atendendo às peculiaridades de cada região (DISTRITO FEDERAL, 2010, p. 368).

### 1.2.1 A Atenção Básica

As diretrizes do Ministério da Saúde propõem a inclusão de ações de saúde mental na atenção básica. Essa estratégia é de extrema relevância para a potencialização do trabalho das equipes de Saúde Família, que lidam com pessoas com transtornos mentais dentro do seu território (DISTRITO FEDERAL, 2010, p. 374).

A atenção básica apresenta a Saúde da Família como estratégia prioritária para sua organização, resultado da reorientação do modelo assistencial, tendo em vista sua operacionalização mediante a atuação de equipes multiprofissionais em unidades básicas de saúde (UBS) e nos domicílios da população circunvizinha. Essas equipes estabelecem vínculos com a população da região em que atuam e, dessa maneira, contribuem diretamente para promoção, prevenção e recuperação em saúde, além de realizar diagnóstico situacional, o que favorece a elaboração e implementação de políticas públicas (RIO DE JANEIRO, 2010).

O suporte técnico da atenção básica, compreendendo ações de supervisão, atendimento em conjunto, atendimento específico e participação na capacitação de profissionais, é realizado pelo Núcleo de Apoio à Saúde da Família (NASF), que também participa na articulação de projetos terapêuticos de caráter interdisciplinar e intersetorial junto ao PSF (RIO DE JANEIRO, 2010).

As ações de saúde mental na atenção básica devem obedecer ao modelo de redes de cuidado, de base territorial e atuação transversal com outras políticas específicas e que busquem o estabelecimento de vínculos e acolhimento. Essas ações devem estar fundadas nos princípios do SUS e nos princípios da Reforma Psiquiátrica. Pode-se sintetizar como princípios fundamentais dessa articulação entre saúde mental e atenção básica: preparação para o olhar em saúde mental; melhora do grau de resolutividade; cuidado no território; organização da atenção à saúde mental em

rede; intersetorialidade; reabilitação psicossocial; multiprofissionalidade/interdisciplinaridade; desinstitucionalização; promoção da cidadania do usuário; e construção da autonomia possível de usuários e familiares (DISTRITO FEDERAL, 2010, p. 374).

### 1.2.2 O Centro de Atenção Psicossocial – CAPS

Os CAPS são unidades de saúde consideradas estratégicas para a mudança do modelo de atenção à saúde mental, já que representam serviços substitutivos e não complementares ao hospital psiquiátrico. Dessa forma, representam alternativa às internações em hospitais psiquiátricos, uma vez que sua assistência pauta-se em regime de atenção diária, possibilitando melhor acompanhamento dos pacientes. Portanto, o CAPS é o núcleo de uma nova clínica, que conduz o usuário à autonomia e ao protagonismo durante todo o processo de desenvolvimento do seu tratamento (RIO DE JANEIRO, 2010).

Constituem-se em serviços de saúde municipais, abertos, comunitários e que disponibilizam assistência às pessoas com transtornos mentais severos e persistentes. Além de assegurarem acompanhamento clínico, visam à reinserção social desses indivíduos por intermédio de incentivos ao trabalho, esporte, lazer, exercício dos direitos civis e fortalecimento dos laços afetivos. São também responsáveis pelo suporte à atenção em saúde mental da rede básica e articulam estrategicamente a rede com as políticas de saúde mental (RIO DE JANEIRO, 2010).

Os CAPS são classificados, de acordo com a densidade demográfica e as atividades desenvolvidas, em: CAPS I, CAPS II,



CAPS III (24 horas), CAPSi (crianças e adolescentes) e CAPSad (indivíduos com problemas pelo uso abusivo de álcool e outras drogas) (RIO DE JANEIRO, 2010).

### 1.2.3 Leitos em Hospital Geral

Os casos graves e com risco de morte ao usuário de drogas devem ser, preferencialmente, efetivado em leitos de hospitais gerais e em leitos de unidades de pronto atendimento, dispositivos dotados de infraestrutura especializada para os atendimentos de urgência e de maior complexidade. Assim, essas unidades devem abranger o tratamento dos quadros clínicos severos de abstinência ou de comorbidades relacionados ao uso abusivo de substâncias psicotrópicas (RIO DE JANEIRO, 2010).

Segundo a publicação Ministério Público e Tutela à Saúde Mental (2010) existe tendência de que essa rede de leitos de atenção integral em saúde mental seja expandida, na medida em que representam unidades substitutivas aos hospitais psiquiátricos convencionais, que deverão ser gradualmente extintos conforme diretrizes da reforma psiquiátrica.

### 1.2.4 Programa de Volta para Casa

Para a assistência de indivíduos com longa história de internação em hospitais psiquiátricos (2 anos ou mais de internação ininterruptos), inclusive em hospitais de custódia, o governo federal, por intermédio da Lei 10.708/2003, instituiu o Programa de Volta para Casa. Esse Programa, em consonância com o disposto no artigo 5º da Lei 10.216/2001, tutelou os interesses dos

indivíduos em situação de grave dependência institucional, com a adoção de medidas para alta planejada e reabilitação psicossocial assistida (RIO DE JANEIRO, 2010).

Assim, o Programa de Volta para Casa, além de objetivar a garantia de cuidados, de acompanhamento e de integração social desses indivíduos fora da unidade hospitalar, estabeleceu o pagamento de auxílio-reabilitação ao próprio beneficiário ou a representante legal, nas hipóteses de incapacidade para o exercício dos atos da vida civil. Esse benefício significa a disponibilização de uma bolsa mensal, com duração de até dois anos, com possibilidade de renovação conforme as exigências de cada caso concreto, com vistas a assegurar suporte financeiro mínimo à reabilitação social dos egressos de hospitais psiquiátricos (RIO DE JANEIRO, 2010).

A inclusão nesse Programa e a consequente concessão do benefício depende de expresso consentimento do paciente ou de seu representante legal em submeter-se às suas disposições. Pressupõe prévia avaliação por equipe de saúde mental, que deve aferir as condições clínicas e sociais do beneficiário, que deve estar em alta hospitalar, residindo com sua família (de origem ou substituta) ou em outra forma alternativa de moradia, a exemplo das residências terapêuticas (RIO DE JANEIRO, 2010).

### 1.2.5 Serviço Residencial Terapêutico – SRT

O serviço residencial terapêutico (SRT), instituído pela Portaria MS 106/2000, apesar de não constituir serviço de saúde, possui papel complementar à rede de atenção em saúde mental,

na medida em que se constitui em espaço de habitação, destinado a indivíduos com transtornos mentais, egressos de hospitais psiquiátricos e de hospitais de custódia ou aqueles em situação de vulnerabilidade. Assegura acolhimento aos indivíduos sem vínculos familiares e que necessitam de ambiente propício à reconstrução de laços sociais e afetivos (RIO DE JANEIRO, 2010).

Os SRTs são modalidade assistencial substitutiva aos modelos tradicionais de internação psiquiátrica. Desse modo, a transferência gradual de pacientes internados em hospital psiquiátrico convencional para o SRT deve ser acompanhada por ações de redução ou descredenciamento de leitos daquele hospital, na mesma proporção, realocando recursos para financiar essa rede substitutiva em saúde mental (RIO DE JANEIRO, 2010).

A inserção no SRT representa apenas uma fase do longo processo de reabilitação de um indivíduo com transtorno mental, propiciando ao usuário um amplo projeto de reinserção social, pautado em atividades de alfabetização, de mobilização de recursos comunitários, de retorno e incentivo ao trabalho e de autonomia no desempenho de atividades pessoais e domésticas (RIO DE JANEIRO, 2010).

Em 23 de dezembro de 2011, o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 3090, que estabelece a classificação dos Serviços Residenciais Terapêuticos em Tipos I e II e que dispõe sobre o financiamento para incentivo e custeio desses dispositivos de assistência.

Nos termos do artigo 2º, §§ 1º e 2º, da referida portaria, os SRTs tipo I são unidades de moradia com capacidade de acolhimento de no mínimo quatro e no máximo oito indivíduos acometidos por transtornos mentais. Essa modalidade requer que seus usuários estejam em processo de desinstitucionalização. Já os SRTs tipo II são específicos ao suporte de indivíduos com transtorno mental de nível acentuado de dependência institucional e com limitações nas tarefas de autocuidado, requerendo atenção intensiva e permanente de cuidadores de referência e de um profissional técnico em enfermagem. Esse módulo residencial deve apresentar infraestrutura para acomodar no máximo 10 indivíduos com o perfil supramencionado.

Em relação ao financiamento dos SRTs, a Portaria nº 3090/2011 estabelece o repasse mensal de recursos do Fundo Nacional de Saúde aos respectivos Fundos de Saúde Estaduais, Municipais e do Distrito Federal, com o objetivo de incentivar ações de melhoria e/ou de implantação de mais unidades de moradia na região. Conforme o artigo 4º dessa portaria, o financiamento consiste no repasse padrão de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada grupo de 8 pessoas dos SRTs tipo I e de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para os grupos de 10 pessoas dos SRTs tipo II. Como o repasse é destinado ao grupo de moradores e não ao módulo residencial, a formação de grupos com número inferior a 8 moradores nos SRTs tipo I e inferior a 10 moradores nos SRTs tipo II enseja o repasse proporcional de recursos, segundo tabela sugestiva de valores apresentada pela própria portaria (BRASIL, 2011b).

Tendo em vista que os SRTs não são unidades de saúde e que seus usuários demandam, com frequência, avaliações clínicas e a prescrição de medicamentos de uso controlado, os módulos residenciais são vinculados a equipe/serviço de saúde mental para o suporte técnico profissional seja assegurado aos seus moradores (BRASIL, 2011b).

Esse modelo de suporte assistencial disponibilizado pelos SRTs incentivou a criação de estrutura específica destinada aos usuários de álcool e outras drogas, os chamados Serviços de Atenção à População com Transtornos Decorrentes do Uso ou Abuso de Substâncias Psicoativas, também denominados Comunidades Terapêuticas – Cts (BRASIL, 2009).

Conforme descrito nos Planos Diretores de Saúde Mental 2007-2011 e 2011-2015, da Gerência de Saúde Mental no Distrito Federal – GESAM/DF (2010), o Distrito Federal não dispõe de Residências Terapêuticas (RTs), o que, somando à baixa cobertura de CAPS I e II e ausência de CAPS III (24 horas), compromete a atenção em Saúde Mental no Distrito Federal.

### 1.3 O Paradigma da Desinstitucionalização

A desinstitucionalização manicomial representa estratégia vital para aplicação dos princípios da Reforma Psiquiátrica na atenção psicossocial de indivíduos com transtornos mentais. O desenrolar desse processo foi motivado, especialmente, pela acumulação de indícios das deficiências do hospital psiquiátrico, combinada com o chamado “institucionalismo”, nomenclatura que

estabelece a manifestação de incapacidades como consequência do isolamento social dos hospitais manicomiais (BRUNETTA, 2005).

Nessa perspectiva, Nogueira e Costa, em estudo de reflexão crítica sobre a política de saúde mental brasileira, apontam para a gravidade de se considerar a desinstitucionalização psiquiátrica como mera desospitalização ou suposta humanização dos locais de segregação. Afirmam que a *desospitalização* caracteriza-se pela criação de dispositivos que viabilizem alternativas de cuidados psicossociais e assistenciais aos indivíduos com transtornos mentais, distintos dos manicômios. Já a *desinstitucionalização* psiquiátrica representa processo mais complexo e abrangente, na medida em que está fundamentada na ideia de desconstrução e invenção. Esses autores salientam:

[...] *desinstitucionalizar é, acima de tudo, ocupar-se do sujeito e não da doença*, para, a partir daí, as instituições de cuidados ganharem um novo sentido e o tratamento deixar de significar apenas prescrição de medicamentos [...] (NOGUEIRA; COSTA, 2007, p. 5, grifo nosso).

Diante dessas distinções, questiona-se se a atual rede de saúde mental no DF, substitutiva ao modelo hospitalocêntrico, aproxima-se mais do conceito de desinstitucionalização ou desospitalização.

Busca-se verificar se o simples abandono do modelo hospitalocêntrico, no DF, é suficiente para garantir a assistência integral dos pacientes acometidos de transtornos mentais, já que

a substituição gradual dos leitos em hospital psiquiátrico pela rede de cuidados intensivos não deve significar desassistência, e sim mudança de paradigma na atenção devida a esses pacientes, integrando-os em diferentes contextos sociais.

## **2 Da Política Pública de Saúde Mental no Distrito Federal**

### **2.1 Plano Diretor de Saúde Mental do Distrito Federal 2007-2011**

No Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT, no âmbito da Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde – PROSUS, encontra-se instaurado o Procedimento Interno nº 08190.135128/11-50 (2011), que versa sobre as políticas públicas de saúde mental do DF.

Tal Promotoria Especializada possui a função institucional, entre outras, de zelar pela garantia de acesso aos pacientes acometidos por transtornos mentais no DF às Políticas Públicas de Saúde Mental, encontrando-se tal atribuição prevista no artigo 26, inciso VIII, da Resolução nº 090, de 14 de setembro de 2009, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – CSMPDFT (DISTRITO FEDERAL, 2011, p. 340-342).

O Procedimento Interno nº 08190.135128/11-50 foi instaurado naquela Promotoria Especializada a partir de várias denúncias de cidadãos que noticiaram o déficit de dispositivos da rede pública de saúde mental no Distrito Federal. Apurou-se no curso do procedimento que o Distrito Federal possui uma média de 75 mil pessoas com transtornos mentais severos e 225 mil com

situações psíquicas alteradas precisando de assistência, e que, não obstante tal constatação, inexistem Residências Terapêuticas e o número de Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) existentes são insuficientes para atender tal população.

No referido Procedimento Interno foi anexado o Plano Diretor de Saúde Mental 2007-2011, da Gerência de Saúde Mental no Distrito Federal – GESAM/DF, que apresenta a proposta da saúde mental no DF, consistente em ampliar a rede de assistência às pessoas com sofrimento psíquico e transtornos mentais, conforme orientação pertinente às ações da Reforma Psiquiátrica em todo Brasil. Essa ampliação inclui dois aspectos fundamentais: implantação da rede de serviços substitutivos em saúde mental e a capacitação da rede básica de saúde numa perspectiva do olhar em saúde mental (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 364-388).

Para a condução desse processo de reorientação da assistência é fundamental a implantação de uma ampla rede de serviços, que pode ser constituída por vários dispositivos assistenciais que possibilitem a atenção psicossocial aos pacientes com transtornos mentais, segundo critérios populacionais e demandas dos municípios (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 368).

No caso do DF, essa rede está ainda por ser construída. Com poucos serviços, sem articulação adequada, a rede de saúde mental do DF ainda não é capaz de garantir uma melhor qualidade de assistência prestada às pessoas com transtornos mentais e uma maior acessibilidade aos serviços substitutivos de saúde mental (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 368).



O DF possui uma população de 2.383.614 habitantes, distribuídos em 19 regiões administrativas. Para toda essa população, a rede de saúde mental existente é de: 1 CAPS II docente-assistencial no Instituto de Saúde Mental; 1 CAPS infantojuvenil no Centro de Orientação Médico-Psicopedagógico – COMPP; 1 CAPS de adolescente – Adolescento; 1 CAPS Álcool e Drogas em Sobradinho; 1 CAPS II em Taguatinga; 1 CAPS II no Paranoá; 24 leitos de psiquiatria no Hospital de Base; 128 leitos psiquiátricos no Hospital São Vicente de Paula – HSV; e ambulatórios em hospitais gerais em algumas Regionais de Saúde. Verifica-se que essa rede é insuficiente para a demanda de saúde mental do Distrito Federal (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 369).

A orientação do Ministério da Saúde é de que a composição de uma rede de serviços em saúde mental deve considerar, em primeiro lugar, o porte do município em questão. O Distrito Federal é um dos 14 maiores aglomerados urbanos do país, necessitando, portanto, de uma rede de saúde mental complexa, diversificada, integrada e resolutiva (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 388).

Em relação aos parâmetros estabelecidos pelas normas do Ministério da Saúde para implementação de uma rede que garanta boa cobertura, deve-se considerar os seguintes critérios populacionais: CAPS I, de 20 a 70 mil habitantes; CAPS II, de 70 a 200 mil habitantes; CAPS III, acima de 200 mil habitantes; CAPSi, acima de 200 mil habitantes; e CAPSad, acima de 100 mil habitantes (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 388).

Portanto, na classificação de CAPS por 100 mil habitantes, verifica-se que o DF encontra-se em penúltimo lugar, o que representa uma baixíssima cobertura desses serviços. Diante desses parâmetros, se constata a necessidade de urgente ampliação do número de serviços, bem como uma articulação em rede dos serviços já existentes (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 388).

Além disso, verifica-se que os CAPS existentes trabalham de forma ambulatorial, demandando uma discussão lógica de funcionamento desses serviços e melhor articulação deles na rede de serviços de saúde mental e da saúde. Segundo consta no Plano Diretor de Saúde Mental “[...] o DF possui baixa cobertura de Equipes de Saúde da Família (8,3%) e de Agentes Comunitários de Saúde (17,7%) e não conta com nenhum serviço residencial terapêutico” (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 373-375, grifo nosso).

No que se refere à assistência hospitalar no DF, o Programa Nacional de Avaliação dos Serviços Hospitalares – PNASH/ Psiquiatria (Portaria GM n 251/02) constata sérios problemas no Hospital São Vicente de Paulo – HSVP, tanto em relação à estrutura física como em relação ao projeto terapêutico individual e institucional, bem como com relação à dinâmica da instituição (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 373-375).

*Com a ausência de serviços extra-hospitalares, há ainda uma sobrecarga de internações no HSVP, que responde por 60% do atendimento do DF. Verifica-se também que a demanda tem sido bastante superior à capacidade instalada no hospital. Em*

vistorias recentes feitas pelo Ministério Público foi constatada grave situação com relação à infraestrutura: infiltrações, goteiras, alagamentos, risco de desabamento do teto, falta de iluminação, entre outros. Além disso, foi constatada falta de medicamentos, com fornecimento descontínuo e precário. *A concentração do atendimento em um único serviço de natureza hospitalar constitui o principal problema da rede do DF* (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 373-375, grifo nosso).

Em tal Plano Diretor foram apresentadas pela GESAM/DF as seguintes propostas: implantação de leitos em Hospital Geral; implantação de 15 serviços residenciais terapêuticos para acolher os usuários egressos de hospitais psiquiátricos; implantação de ações de saúde mental na atenção básica, com o apoio matricial dos CAPS às equipes de Saúde da Família, bem como com a articulação do Programa Vida em Casa, hoje vinculado ao HSVP, com as ações da atenção básica; descentralização dos serviços do HSVP e a consequente diminuição do número de pessoas atendidas nesse hospital; formação de recursos humanos, com a qualificação de profissionais e de serviços; e financiamentos diversos para os serviços de saúde mental, sobretudo para a implantação da rede de CAPS (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 376-379).

A par de todas as propostas para implementação no DF da assistência à saúde mental constarem do próprio Plano Diretor – 2007 a 2011, a verdade é que, mesmo decorrido mais de 4 anos do plano proposto, a Secretaria do DF em nada avançou, persistindo

o quadro de absoluta desassistência na área de saúde mental, com a consequente violação reiterada de direitos humanos (DISTRITO FEDERAL, 2010b).

Diante de tal quadro, o MPDFT ajuizou, em 4 de maio de 2010, a ACP nº 2010.01.1.067203-4, visando a condenar o DF (Secretaria de Estado de Saúde) a implantar 25 residências terapêuticas e 19 CAPS, bem como a constituir equipes multidisciplinares para atuação nas Unidades de Serviços Residenciais Terapêuticos, suficientes a garantir o efetivo serviço na medida das necessidades e atividades desenvolvidas pelas unidades. Tal ação encontra-se em trâmite perante a Primeira Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal (DISTRITO FEDERAL, 2010b).

## 2.2 Plano Diretor de Saúde Mental do Distrito Federal 2011-2015

Em fevereiro de 2013 foi anexado ao Procedimento Interno nº 08190.135128/11-50, instaurado na PROSUS, o Plano Diretor de Saúde Mental do Distrito Federal 2011 a 2015, da GESAM/DF (2010), que apresenta um diagnóstico situacional da saúde mental no DF.

A rede de serviços substitutivos em saúde mental, no DF, é atualmente composta por onze serviços de Atenção Psicossocial, sendo seis CAPS cadastrados no Ministério da Saúde, da seguinte forma: um CAPS I no Instituto de Saúde Mental (ISM); um CAPS Infantil (CAPSi) no Centro de Orientação Médica Psicopedagógica – COMPP; dois CAPS II, em Taguatinga e Paranoá; e dois CAPS Álcool e Drogas (CAPSad) no Guará e Sobradinho. Os outros

cinco serviços encontram-se em funcionamento, atendendo a população, e estão em processo de cadastramento como CAPS II, em Planaltina, Samambaia e Gama, e como CAPSad, em Ceilândia e Santa Maria. Segundo o Plano Diretor de Saúde Mental “[...] não há CAPS III (24 horas), nem Residência Terapêutica (RT), o que, somando à baixa cobertura de CAPS, compromete a atenção em saúde mental no DF”. (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 430, grifo nosso).

Tabela do Ministério da Saúde, contida no referido Plano Diretor, indica a cobertura relativa aos seis CAPS cadastrados. Considerando o total real de 11 serviços de atenção psicossocial e uma população de 2.5000.000 habitantes, a cobertura do DF é de 0,44. Segundo parâmetros estabelecidos pelo Ministério da Saúde, tal cobertura é considerada regular/baixa, porém significa um aumento de mais de 80% de serviços de 2 anos (2008-2010) (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 431).

Para atenção a crianças e adolescentes, além do CAPSi e do ambulatório no COMPP, há o Ambulatório do Núcleo de Apoio Terapêutico – NAT, para a população materno-infantil no Hospital Regional da Asa Sul – HRAS, e o ADOLESCENTRO, para as questões relativas à violência e ao uso abusivo de álcool e outras drogas (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 432).

A única Emergência Psiquiátrica do DF funciona no HSVP, com 56 leitos. Tal hospital ainda não permite acompanhantes aos internos e obriga o uso de uniformes. O Hospital de Base – HBDF, dispõe de 11 leitos no Pronto-Socorro, porém só atende pessoas

que apresentem quadros psiquiátricos associados a quadros nosológicos gerais (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 432).

Quanto aos leitos psiquiátricos, estão ainda concentrados na Enfermaria e no Hospital-Dia (HD) do HSVP, que oferta um total de 72 leitos. A Enfermaria Psiquiátrica do HBDF oferece 24 leitos, mas, a exemplo de seu Pronto-Socorro, só atende comorbidades (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 432).

A população conta ainda com o Núcleo de Atenção aos Usuários de Álcool e Outras Drogas – NAUAD, que não é apenas uma unidade de Saúde Mental, mas um serviço de assistência para indivíduos desfiliaados socialmente, em geral, crianças e adolescentes que fazem uso abusivo de drogas, principalmente o crack (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 433).

Nove Hospitais Regionais – Gama, Planaltina, Sobradinho, Paranoá, Taguatinga, Ceilândia, Brazlândia, HRAN e HBDF – têm ambulatórios de psiquiatria, além dos ambulatórios do HSVP, do ISM, do Centro de Saúde da Vila Planalto e do Centro de Saúde de São Sebastião (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 434).

Essa Regional conta ainda com um grupo de três profissionais que realiza o matriciamento junto às equipes da Estratégia Saúde da Família, por quem a população é atendida. Da mesma forma que em São Sebastião, a Regional de Samambaia conta com uma equipe de matriciamento para as questões de saúde mental. Na Regional Recanto das Emas o matriciamento é realizado por uma equipe de ISM (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 434).

Também no ISM há a Casa de Passagem, que abriga 30 pacientes oriundos da extinta Clínica Planalto, do Nosso Rancho, da Casa de Davi e da Ala de Tratamento Psiquiátrico da Vara de Execuções Penais. Essas pessoas são portadoras de transtornos mentais severos, alguns crônicos, e a maioria delas não tem família, ou a família não tem condições de acolhê-los. Originalmente essa Casa foi implantada, como se pode inferir pelo nome, para abrigar provisoriamente as pessoas egressas desses locais, até que fosse definido seu encaminhamento. A proposta é que sejam resgatados os vínculos sociais preexistentes para facilitar sua reinserção, ou, caso não mais existam, que a residência terapêutica possa ser o espaço de inclusão. Como ainda não há residências no DF, a estadia da maioria das pessoas da Casa se prolonga, impedindo que o fluxo da proposta tenha continuidade (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 434).

No âmbito da atenção domiciliar, há atualmente no DF 183 beneficiários do Programa de Volta para Casa, 410 pessoas atendidas pelo Programa Vida em Casa e 2.358 pacientes cadastrados no Grupo de Acompanhamento Pós-Internação – GAPI (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 435).

Quanto ao Sistema Penitenciário no DF, segundo informações da Gerência de Saúde no Sistema Prisional/DIAPS/SAPS há cerca de 9.074 detentos distribuídos em seis estabelecimentos: Centro de Detenção Provisória, Penitenciária do DF I, Penitenciária do DF II, Centro de Internamento e Reeducação, Centro de Progressão Penitenciária, Penitenciária Feminina do

DF e Ala de Tratamento Psiquiátrico. Entre os detentos, 749 fazem uso de medicações psicotrópicas, configurando um elevado índice dentro da população penitenciária (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 436).

A equipe de saúde lotada no Sistema Penitenciário é composta por: médico, enfermeiro, auxiliar de enfermagem, cirurgião dentista, assistente social, psicólogo, terapeuta ocupacional e dois farmacêuticos. Além desses profissionais, a Lei de Execuções Penais prevê o psiquiatra para atender todas as unidades. Esses profissionais foram capacitados em saúde mental para oferecer atendimento de qualidade a essa população (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 437).

Entre os estabelecimentos prisionais citados há uma única unidade destinada às pessoas presas que apresentam transtorno mental e cumprem medida de segurança, a Ala de Tratamento Psiquiátrico – ATP. Alguns egressos da ATP estão atualmente na Casa de Passagem, localizada no ISM (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 437).

Na Penitenciária Feminina do DF, a assistência em saúde mental é direcionada para o público feminino e para aproximadamente 96 internos com transtorno mental que cumprem medida de segurança na Ala de Tratamento Psiquiátrico. Já no Complexo da Papuda há quatro unidades prisionais, que correspondem a 82,76% da população penitenciária do DF, com 7.510 detentos. Desses, 513 fazem uso de medicação controlada. A Gerência de Saúde Mental, como responsável técnica, trabalha



em parceria com a Gerência de Saúde Prisional para elaborar ações em saúde para essas pessoas em situação de aprisionamento (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 437).

Quanto à força de trabalho das Unidades de Saúde Mental no DF, o Plano Diretor de Saúde Mental do DF 2011-2015 constata que é possível perceber que predominam psicólogos, enfermeiros, assistentes sociais e terapeutas ocupacionais na composição dos CAPS, enquanto predomina o profissional médico e de enfermagem no Ambulatório e na Emergência do HSVP (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 440).

Em relação às atividades assistenciais prestadas na rede de Saúde Mental no DF, o Plano Diretor (2010a, p. 445) narra o esforço das equipes no sentido de executar as atividades orientadas pela Portaria nº 336/2002 do Ministério da Saúde. Assim, praticamente todos os CAPS desenvolvem atendimento individual (do tipo acolhimento, avaliação clínica, construção de Planos Terapêuticos Individuais, psicoterapia, e terapia familiar “em casos pontuais, de crise e de emergência”).

Segundo o Plano Diretor (2010a, p. 445) as atividades em grupo são variadas e realizadas por todos os serviços substitutivos, quais sejam: grupos de convivência, de socialização e de “boas vindas”, reabilitação cognitiva, terapia comunitária e psicoterapia em grupo, atividade física, horta e futebol, além de oficinas de pintura lúdica e em tecido, artesanato, malharia, trabalhos manuais, bijuterias, tapeçaria, tecelagem, culinária, jornal, cinema, música e teatro. As oficinas de malharia, bijuterias, tapeçaria, tecelagem

e culinária têm, também, o propósito de promover a reinserção social dos pacientes por meio de atividades produtivas.

Com esse propósito de contribuir para a reinserção social dos pacientes, além das “oficinas de geração de renda” e das “ações de fortalecimento da rede social” são também organizados grupos de convivência e de socialização, eventos (confraternizações em datas comemorativas, envolvendo familiares e comunidade), assembleias de usuários e atividades de produção cultural, além de “passeios” que viabilizam o acesso dos pacientes à cultura e lazer (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 445).

O Plano Diretor (2010a, p. 445) narra que a Atenção Domiciliar é realizada, com muitas dificuldades, pelo Programa Vida em Casa e encontra-se implantado no HSVP e ISM e pelo Grupo de Acompanhamento Pós-Internação (GAPI). Visando articular e qualificar a atenção em Saúde Mental, estão estruturadas equipes matriciais nas Regionais de Saúde de Samambaia, São Sebastião e Recanto das Emas.

Conforme descrito no Plano Diretor (2010a, p. 446), o HSVP e o ISM são as duas unidades mais complexas da rede de serviços de saúde mental do DF. O HSVP é a “unidade psiquiátrica por excelência”, pois conta com mais de 20 psiquiatras, 20 enfermeiros e 9 psicólogos, bem como oferece a maior variedade de serviços, como o Grupo de Assistência Pós-Internação - GAPI, Equipe Matricial, Programa Vida em Casa - PVC, Enfermaria, Pronto-Socorro e Hospital-Dia. Tal nosocômio realiza, ainda, acolhimento, atendimento psiquiátrico e psicológico, de

enfermagem, terapia ocupacional e serviço social, mas também atua em grupos e dá orientação às famílias.

O ISM é também uma grande unidade que possui 7 psiquiatras, 11 enfermeiros, 49 técnicos e outros 10 profissionais de nível superior. Além de ocupar um excelente espaço físico no Riacho Fundo, abriga uma variedade de serviços como o CAPS I, Equipe Matricial, PVC, Ambulatório e Casa de Passagem. Também realiza atendimentos individuais, como acolhimentos, atendimento psiquiátrico, psicológico, de enfermagem e serviço social, e em grupos, além de busca ativa e acompanhamento de pacientes em avaliações médicas (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 446).

Além de apresentar um diagnóstico da situação atual da rede de saúde mental no DF, compõe o Plano Diretor de Saúde Mental do DF 2011-2015 a identificação de problemas relevantes, que foram selecionados e analisados pelos participantes do Planejamento Estratégico, quais sejam: dificuldade de acesso aos cuidados de saúde mental, concentrados no HSVP e em um número insuficiente de serviços substitutivos; processo de trabalho de atenção em saúde mental sem um claro padrão de qualidade definido; baixa efetividade das ações de reinserção social; e problemas relacionados à gestão dos serviços e recursos (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 480).

Diante de tais problemas e considerando que a Atenção em Saúde Mental tem recebido poucos investimentos estruturantes ao longo de anos, o referido Plano Diretor (2010a, p. 481) apresenta propostas para a readequação da rede de saúde mental.

Visando à ampliação do acesso à rede de serviços de Saúde Mental, o Plano Diretor propõe as seguintes ações: implantação de 40 CAPS no DF (CAPS I, II e III, CAPSad e CAPSi), que, somados aos 6 CAPS cadastrados, totalizarão 46 CAPS; implantação de 15 Residências Terapêuticas, que abrangerão regiões administrativas como o Gama (1), Taguatinga (2), Sobradinho (1), Planaltina (2), Paranoá (1), Ceilândia (2), Guará (1), Samambaia (1), Santa Maria (1), São Sebastião (1), Recanto das Emas (1) e Riacho Fundo (1); implantação de fluxo de emergência em Saúde Mental infanto-juvenil; habilitação dos Serviços os Hospitalares de Referência para a Atenção Integral aos Usuários de Álcool e outras Drogas – SHRad; territorialização dos serviços de Saúde Mental e matriciamento dos serviços de Atenção Básica; levantamento e compra de equipamentos/mobiliários para adequação dos novos serviços; e readequação/contratação de recursos humanos para compor os novos serviços e adequar os já existentes (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 481).

O Plano Diretor esclarece que o atual desafio é expandir e qualificar a rede de atenção integral em saúde mental às pessoas acometidas de sofrimento psíquico no DF. Para tanto, busca-se reorganizar o sistema por meio da realocação dos recursos físicos, humanos e financeiros, de modo a atender os princípios e diretrizes do SUS. Tal Plano afirma que a meta definida é de 100% da capacidade instalada ao final de 2015 (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 481).

O Plano Diretor afirma que a Gerência de Saúde Mental - GESAM, trabalhou junto com a Coordenação Geral de Engenharia em Saúde na elaboração de planta baixa para definir os custos da implantação dos 40 CAPS e 15 Residências Terapêuticas. Foi feito o cálculo de custo por unidade: R\$ 2.300.000,00 por CAPS e R\$ 1.200.000,00 por RT.

Considerando os altos valores para implantação dos CAPS e RTs, nos moldes acima descritos, a GESAM solicitou à Subsecretaria de Planejamento, Regulação, Avaliação e Controle – SUPRAC que seja feita a substituição da categoria de gastos de construção para aquisição de imóvel. Segundo referido documento, tal solicitação se justifica em razão da otimização de recursos para aumentar o número de serviços substitutivos no DF, com conseqüente ampliação do acesso às ações de saúde mental pela população (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 490).

No que se refere à habilitação dos serviços Hospitalares de Referência para Atenção Integral aos Usuários de Álcool e outras Drogas – SHRad, o Plano Diretor estabelece que, com base na Portaria nº 1.190, de 4 de junho de 2009, que institui o Plano Emergencial de Ampliação do Acesso ao Tratamento e Prevenção em Álcool e outras Drogas no SUS, a proposta é que os Hospitais Regionais de Ceilândia, do Paranoá, do Gama, de Sobradinho, o HRAN e o HUB sejam habilitados como serviços hospitalares de referência para atenção integral aos usuários de álcool e outras drogas e recebam os recursos específicos do Ministério da Saúde (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 490).

No que se refere à territorialização dos serviços de Saúde Mental e matriciamento dos serviços de Atenção Básica, referido documento prevê que, conforme parâmetros estabelecidos pela Coordenação Nacional de Saúde Mental e pela Coordenação de Gestão da Atenção Básica do Ministério da Saúde, a atenção em saúde mental deve ocorrer dentro de uma rede de cuidados, em virtude da complexidade de fatores desencadeantes do sofrimento, aos quais a equipe do serviço especializado não tem acesso. Para maior adesão e vínculo, a organização das instâncias de saúde deve atender a essa complexidade e incluir a atenção básica, as residências terapêuticas, os ambulatórios, os centros de convivência, grupos comunitários e demais recursos disponíveis para lidar com a amplitude e profundidade das questões subjetivas de sofrimento de indivíduos (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 490).

Tal ação visa fortalecer a ideia de interlocução entre os diversos serviços de saúde, priorizando uma rede mais horizontalizada e diversificada, aspectos que viabilizam uma atenção mais humanizada e potencializada dentro do próprio território (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 490).

A partir dos pressupostos da Política de Humanização do SUS, vigente desde 2003, propõe-se como novos arranjos a equipe matricial e a equipe de referência, no sentido de mudar a lógica burocrática de encaminhamento instituída no modelo anterior de gestão, aspectos que geraram o não comprometimento,

dificuldades de comunicação e sobrecarga em vários pontos do sistema de saúde (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 490).

A Equipe Matricial consiste em um grupo de profissionais de diversas especialidades que visa oferecer suporte e orientação às equipes de saúde da atenção básica no acompanhamento, prevenção e promoção da saúde mental. O matriciamento visa proporcionar apoio e autonomia aos profissionais da atenção básica nas ações de saúde mental por meio de capacitações em serviço, discussões de casos e demais aparatos de suporte e de formação continuada (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 490).

Já a Equipe de Referência constitui-se em um grupo de profissionais da unidade básica de saúde, responsável direto pela atenção integral e condução dos casos, que oferece espaço privilegiado de acolhimento e vínculo aos usuários de seu território. Em atuação complementar, a equipe matricial auxilia na construção de estratégias terapêuticas específicas e no desenvolvimento de ações compartilhadas. Logo, “[...] a responsabilização compartilhada dos casos exclui a lógica do encaminhamento, pois visa aumentar a capacidade resolutiva de problemas de saúde mental pela equipe local.” (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 490).

O Plano Diretor dispõe que, de acordo com as orientações do Departamento de Ações Programáticas Estratégicas do Ministério da Saúde, no caso de municípios onde o número de CAPS é insuficiente para garantir o apoio matricial a todas as equipes de atenção básica, é possível compor esse apoio com a implantação

de equipes de apoio matricial e/ou planejar a expansão do número de CAPS. Já onde não houver serviços de saúde mental haverá a criação de equipes de apoio matricial compostas, no mínimo, por um médico psiquiatra (ou generalista com capacitação em saúde mental), dois técnicos de nível superior (psicólogo, terapeuta ocupacional, assistente social, enfermeiro etc.) e auxiliares de enfermagem, para no mínimo 6 e no máximo 9 equipes de PSF ou grupos populacionais entre 15 a 30 mil habitantes (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 490).

Em consonância com tais orientações o Plano Diretor recomenda, como estratégia de fortalecimento da rede de serviços, a criação de equipes matriciais vinculadas a cada um dos CAPS da rede de serviços de saúde e vinculada a unidades do Programa Saúde da Família, sendo que sua configuração deve ser regulamentada pelos critérios demográficos já mencionados, para que seja mantida sua base territorial e capacidade (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 496).

Visando a qualificação do cuidado em saúde mental, o Plano Diretor da GESAM/DF propõe as seguintes ações: ampliação de novas estratégias assistenciais nos serviços de saúde mental (grupos de convivência, terapia comunitária etc.); criação de protocolos assistenciais padronizados (com reformulação de indicadores de produção e classificação de risco); implementação de supervisão clínica institucional; e implantação de programa de formação inicial e de educação permanente na rede de saúde mental (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 490).



Buscando a promoção da reinserção social dos pacientes, o Plano Diretor propõe ações visando o mapeamento e articulação com a rede social da área de abrangência dos serviços de Saúde Mental; o apoio à implementação de projetos de produção cultural promovidas pelos serviços e associações de usuários por meio de Programa de Incentivo; a promoção de oficinas de geração de renda em todos os serviços de saúde mental, entre outros mecanismos de reinserção social dos pacientes no mercado de trabalho; a informação à população sobre os transtornos mentais e ampliação da visibilidade da questão na sociedade – Dia de Luta Manicomial; bem como a corresponsabilização/participação de familiares e ou responsáveis no processo terapêutico e de reinserção social dos usuários atendidos nos serviços de saúde mental (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 500).

Com vistas à reinserção social dos pacientes acometidos de transtorno mental no DF, o Plano Diretor propõe que sejam organizados os processos no sentido de mapear e articular a rede social da área de abrangência de todas as Unidades de Saúde Mental, o que implicaria realizar oficinas de territorialização entre os serviços na perspectiva da intersectorialidade, apoiar a implementação de projetos de produção cultural promovidos pelos serviços e associações de usuários por meio de Programa de Incentivo, participar da organização de agenda local de eventos culturais, de forma a inserir oficinas com suas equipes na participação e construir instrumentos de parceria com as ONG da área na execução orçamentária (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 500).

Quanto à capacitação o Plano Diretor (2010a, p. 500) prevê que será necessário promover oficinas de geração de renda, entre outros mecanismos de reinserção social dos pacientes no mercado de trabalho, bem como fazer levantamento das atividades das oficinas atuais e a análise de trabalho desenvolvido como gerentes, profissionais e usuários dos serviços.

Na perspectiva da sociedade, referido documento preconiza que será necessário informar a população sobre os transtornos mentais e ampliar a visibilidade do problema na sociedade, o que pode ser feito utilizando recursos das várias mídias para comunicação entre a sociedade e os serviços. O Plano Diretor (2010a, p. 500) salienta que a introdução dessas práticas no território como atividades cotidianas dos serviços facilita a promoção da reinserção social com o olhar e vivência de quem traz uma história particular.

Objetivando a reorganização e gestão da rede de serviços, referido Plano Diretor propõe as seguintes ações: definição de atribuições dos diversos níveis de atuação dos serviços de Saúde Mental; promoção de mecanismos de comunicação entre os serviços de Saúde Mental; registro correto da informação e informatização de 100% dos serviços em Saúde Mental; abastecimento de 100% dos medicamentos constantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, a todos os serviços de Saúde Mental; estabelecimento de métodos de padronização e controle de medicamentos; melhoria da gestão da força de trabalho; negociação com Superintendência de Gestão

e da Participação Social – SUGEPS para realização de concurso específico para a Saúde Mental; e ampliação dos espaços à participação ativa dos profissionais, usuários e familiares nos serviços e no Programa de Saúde Mental (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 500).

O Plano Diretor estabelece que as ações acima descritas serão construídas por meio da execução de atividades como: definição da responsabilidade sanitária em saúde mental para cada serviço, de acordo com os critérios geográficos, entre outros; agendamento sistemático de reuniões de serviços de saúde mental; criação de mecanismos de comunicação ágil entre os serviços (e-mail e grupos dos serviços); promoção de reuniões dos serviços com a Subsecretaria de Planejamento, Regulação, Avaliação e Controle – SUPRAC no sentido de definir o registro adequado das informações; realização de reuniões com a Diretoria de Assistência Farmacêutica – DIASF e os serviços de saúde mental para organizar a distribuição adequada das medicações na rede (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 500).

Quanto ao investimento em recursos humanos, o Plano Diretor (2010a, p. 500) frisa que é importante a manutenção dos cursos de atualização e de capacitação dos profissionais, priorizando áreas críticas, bem como a criação de proposta de edital para concursos em saúde mental adequados às necessidades da SES e respeitando a legislação vigente.

O Plano Diretor de Saúde Mental (2010a, p. 509) apresenta, ainda, a proposta de fluxo operacional de acesso à rede de Saúde

Mental, que deverá se pautar nos seguintes princípios: acolhimento universal; acesso por demanda espontânea ou encaminhamento de diversas instituições; construção contínua da rede de Saúde Mental; e cuidado baseado no território, considerando a necessidade de ações intersetoriais.

Propõe-se que no acolhimento em Saúde Mental deve-se tomar um cuidado importante: rejeitar o velho critério do agendamento conforme a fila por ordem de chegada, pois é preciso avaliar não só qual o atendimento necessário, mas também o grau e a premência dessa necessidade (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 509).

O acolhimento, quando na unidade básica, pode ser feito por qualquer profissional de saúde. Nos CAPS, que atendem casos de maior complexidade, é sempre feito por um profissional de Saúde Mental. Após a primeira abordagem, o técnico que o acolheu poderá necessitar do apoio imediato de um outro profissional, ou tomar ele próprio as primeiras decisões quanto às condutas a serem adotadas.

O Plano Diretor estabelece que após o acolhimento e o devido encaminhamento para a unidade de saúde mental de referência, o técnico de referência será o responsável por estabelecer e sustentar o vínculo com o paciente, bem como por estabelecer junto com ele as linhas de seu projeto terapêutico individual, definindo a frequência dos atendimentos e do comparecimento ao serviço. Ressalta-se, ainda, que contatos com familiares e outras pessoas/serviços de sua rede social são extremamente importantes para o sucesso do tratamento (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 510).

O Plano Diretor prevê o fluxograma de atendimento na rede de Saúde Mental. Se o usuário for identificado na visita domiciliar ou acolhido na UBS com os seguintes perfis: usuário crônico de benzodiazepínicos ou antidepressivos, neurótico ou psicótico, usuário de álcool e outras drogas, egresso de serviço de saúde mental, usuário “problemático” ou “em crise”, deverá ser encaminhado para avaliação pela ESF, com apoio do profissional de Saúde Mental. Em seguida o paciente deverá ser encaminhado para o CAPS se houver a confirmação do diagnóstico, para definição do projeto terapêutico e acompanhamento, ou se o usuário tiver sido atendido no serviço hospitalar ou de urgência/emergência (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 510).

Se o paciente estiver de alta do CAPS ou de um serviço de saúde mental ambulatorial, referido documento estabelece que, se houver necessidade de atendimento de urgência em caso de crises, o paciente deverá ser reencaminhado para o CAPS. Se tal fato acontecer no período noturno, finais de semanas e feriados, o paciente poderá ser encaminhado para os CAPS 24 horas ou para o pronto socorro do HSVP e, em caso de comorbidades com quadro clínico, encaminhado para a Unidade de Psiquiatria do HBDF (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 510).

O Plano Diretor dispõe que a Gerência de Saúde Mental iniciou um processo de qualificação e ampliação dos serviços no Entorno por meio de participação no Colegiado de Saúde da Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal e Entorno - RIDE. O resultado desse processo de construção com

os municípios do Entorno apresentou-se com a implantação dos CAPS nos seguintes municípios: Águas Lindas, Cristalina, Formosa, Unai, Padre Bernardo, Luziânia e Buritis. No entanto, ressalta que “[...] faz-se mister continuar investindo na ampliação do acesso e na qualificação do processo de gestão dos municípios envolvidos” (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 510).

Em suas “Considerações Finais”, o Plano Diretor de Saúde Mental do DF (2010a, p. 510) dispõe que dois itens devem fazer parte do elenco de um projeto de atenção com qualidade em saúde mental: “identificar dados de uma rede reprimida e tentar organizar as forças possíveis no sentido de construir um Sistema Único de Saúde que possa atender a toda a população do Distrito Federal”.

E, tendo em vista que o cotidiano dos serviços irá apresentar demandas diversas, tal Plano Diretor estabelece que caberá ao seu gestor acompanhar adequadamente as ações, os resultados e tomar as medidas necessárias para implementar uma rede de saúde de base comunitária e com práticas territoriais articuladas também intersetorialmente. A ação territorial pode significar para muitos usuários dos serviços de saúde mental uma retomada dos espaços sociais e a consequente assunção do seu papel na sociedade (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 510).

Por fim, a GESAM/DF dispõe que o Plano Diretor de Saúde Mental do DF 2011-2015 é resultado de um processo de planejamento estratégico que contemplou a participação de usuários, familiares, trabalhadores e gestores e que suas propostas

serviram para os debates nas Conferências Regionais de Saúde Mental, que, por sua vez, produziram as bases de discussão da Conferência de Saúde Mental do DF. Ressalta, ainda, que “as propostas aprovadas foram encaminhadas ao Conselho de Saúde do Distrito Federal e compuseram o rol de propostas nacionais apreciadas na IV Conferência Nacional de Saúde Mental – Intersetorial, em junho último” (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 510).

### **3 Cidadania**

A possibilidade de se pensar na saúde mental por um outro paradigma, o da construção da cidadania, aumenta a possibilidade de intervenções, as quais ultrapassam a medicação e a psicoterapia (MOTA; BARROS, 2013).

A saúde mental tem buscado ocupar um espaço privilegiado na discussão do exercício da cidadania dos pacientes com sofrimento psíquico. Esse movimento está atrelado às transformações do modelo assistencial que, por consequência, busca modificar a forma de relação que existe entre pacientes e técnicos, técnicos e familiares, técnicos e sociedade civil, pacientes, familiares e a sociedade civil (MORENO; SAEKI, 1998).

A cidadania traz em seu bojo as questões dos direitos civis, políticos e sociais. A esses direitos vêm atrelados os deveres, que consistem em uma luta constante para se fazer que esses direitos sejam respeitados por meio dos movimentos sociais, da responsabilidade de cumprir normas propostas e elaboradas

coletivamente e, ainda, incorporar novos conteúdos para serem agilizados no interior desses movimentos (MORENO; SAEKI, 1998).

O conceito de cidadania tem origem na Grécia clássica e foi ampliado ao longo da história, passando a abranger um conjunto de valores sociais que determinam o conjunto de deveres e direitos de um cidadão.

A origem da cidadania é atribuída à polis grega. Dessa forma, o surgimento da vida nessa cidade, a necessidade de regular os direitos e deveres dos homens, assim como o fato de tomar decisões, fizeram que os cidadãos gregos participassem ativamente da esfera pública. Todavia, os gregos não permitiam uma amplitude do conceito de cidadão, vez que tal restrição segregava as mulheres, crianças e escravos. Fustel de Coulanges, ao ensinar sobre a sociedade grega, afirma que cidadão era “[...] todo homem que participava do culto da cidade, e dessa participação provinham todos os seus direitos civis e políticos”. Com o caminhar da história, o desenvolvimento da sociedade em que a burguesia ascende e substitui o modelo feudal, o exercício da cidadania recebe outros contornos. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) evidencia a separação da personalidade jurídica (*status personae*) em relação à cidadania (*status civitatis*).

[...] A mencionada separação longe está de ser apenas uma distinção entre termos, mas uma afirmação pela defesa do ser em face do Estado, algo plenamente justificável diante do sentir de ideias e atitudes tirânicas.

Ao separar o homem do cidadão nasce uma concepção individualista deste, ou seja, “o indivíduo torna-se praticamente um ser sem nenhum dever para com a sociedade”. A respectiva noção recebe reforço com a obra *Citizenship and Social Class*, 1950, em que Marshall definiu a cidadania como um status, ou seja, algo que confere ao homem a existência igualitária de direitos e obrigações. Contudo, tais deveres apenas seriam cobrados em situações extremas, como, por exemplo, na guerra.



Em outras palavras, para Marshall, o cidadão possuía um extenso rol de direitos em contraposição a algumas obrigações para com o corpo social.

Percebe-se que a noção de cidadania (individualizada) ainda possui assento em diversos segmentos sociais, aflorando-se, apenas, na forma política mais comum, qual seja, o voto. Não parece razoável admitir que a cidadania esteja resumida no direito político de votar e ser votado. Para muito além é necessário o caminhar, principalmente quando se depara com um Estado cada vez menos capaz de assegurar a todos os benefícios de outrora.

Para Leonardo Prota, a cidadania é formada com a soma de três ingredientes, quais sejam: “não há direitos sem deveres; a cidadania não é outorgada, mas conquistada; e essa conquista só se realiza pela educação”. Permite-se dizer que três também são às características centrais da cidadania: quais sejam: a *identidade*, ou seja, cada pessoa sendo livre e autônoma e, por consequência, afastando-se da servidão; a *integração social*, uma vez que o indivíduo deve sentir e saber de sua importância perante a comunidade e, por último, a *superação*, traduzida na vontade de buscar algo a mais, superar os obstáculos e vencer.

Reinventar a cidadania é tarefa urgente, imprescindível para que se permita construir uma sociedade responsável, preocupada e solidária com o próximo. Daquele modelo excludente (grego) para um pacto de inclusão cidadã faz-se mister algumas reformulações. A começar, a cidadania deixa de ser algo dado, estático e passa a ser apreendida e sentida diante do mundo vivido, da dimensão política. Ora, não se entende como razoável a definição de uma cidadania incapaz de realizar os movimentos e mutações socialmente exigidas.

Em segundo momento, a cidadania precisa abandonar o status de direitos políticos para albergar todo o rol dos direitos e deveres dos homens. Assim, a cidadania deixa de ser realizada através do eleitor, somente nos períodos de eleição, e passa a ser sentida na participação diária, no cotidiano.

Por fim, abandona-se a cidadania individual pelo nascimento de um conceito plural, capaz de abranger os mais variados grupos, classes e minorias sociais. A partir das alterações mencionadas, fértil estará o campo para que floresçam ações de inclusão política e social. (SOUZA, 2008, p. 32-34).

No entender de Belfort (2010), a cidadania tem uma estreita relação com o Estado Democrático de Direito, pois permite a efetiva participação do cidadão nas resoluções do Estado. O exercício da cidadania serve à democracia quanto à organização e objetivos de um Estado Democrático de Direito, que busca, teoricamente, o equilíbrio, a liberdade e a igualdade, tendo como centro o cidadão e os seus direitos fundamentais e inalienáveis de pessoa humana.

A verdade é que, no mundo dos fatos jurídicos, no processo da história do Direito, o Estado Democrático de Direito somente se realizará no Brasil, como em qualquer país, quando não só os direitos políticos, mas todos os direitos fundamentais, inclusive os políticos, estiverem convertidos em direitos humanos difusos, integrais, recíprocos, solidários: verdadeiros direitos de todos que, por serem apoiados em deveres de todos que lhe sejam correspondentes, possam assim, quanto à titularidade, sujeitar todos os indivíduos da espécie humana e, quanto ao objeto, apreender todos os valores da *dignidade humana* (BELFORT, 2010, p. 284-285, grifo nosso).

### 3.1 A Cidadania como Direito Fundamental

Os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Dessarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantidas individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua

preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade) (ARAÚJO, 2006, p. 110).

Quando se fala em direitos fundamentais se está diante de direitos humanos garantidos por um ordenamento jurídico positivo, na maioria das vezes em patamar constitucional e que gozam de uma tutela reforçada, com o papel de fundamentar o sistema jurídico político dos Estados de Direito (SOUZA, 2008, p. 187).

Nos dizeres de Canotilho (1998, p. 359):

[...] os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente (sic) vigentes numa ordem jurídica concreta.

O fato de a cidadania estar gravada no artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, como fundamento do Estado Democrático de Direito já é, por si só, fator suficiente para aplicação direta e imediata a todos. Jorge Miranda (1997, p. 231), ao abordar o sistema constitucional brasileiro, afirma que “[...] diversamente de todas as anteriores Constituições, a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação às demais matérias”.

Dessa maneira, entender a cidadania como direito fundamental é, também, proteger de forma objetiva a dignidade da pessoa humana, uma vez que não se tem vida digna sem a participação ativa nos rumos da própria história. Ao cidadão não se pode permitir um existir passivo, descompromissado com os próprios rumos (SOUZA, 2008, p. 36).

Portanto, uma vez que os direitos fundamentais são “[...] os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana [...]”, ilógico seria excluir a cidadania desse catálogo (BONAVIDES, 1999, p. 514).

Cumpre, ainda, destacar a posição de Gilmar Ferreira Mendes (2012), que, seguindo a tradição europeia sobre o tema, trabalha os direitos fundamentais como, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. No primeiro aspecto significa dizer que eles outorgam a seus titulares possibilidades jurídicas de impor interesses pessoais em face dos órgãos estatais obrigados. No outro, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. A primeira (subjetiva), conforme descrito acima, importa na faculdade de impor uma atuação negativa ou positiva dos titulares do Poder Público. A segunda (objetiva) vai além da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais como garantias do indivíduo frente ao Estado e coloca os direitos fundamentais como um verdadeiro “norte” de “eficácia irradiante” que fundamenta todo o ordenamento jurídico.

Nesses termos, os direitos fundamentais seriam, ao mesmo tempo, ora vistos como direitos de defesa (ligados a um dever de omissão, um não fazer ou não interferir no universo privado dos cidadãos), principalmente contra o Estado; mas ainda, como garantias positivas para o exercício das liberdades (e aqui, entendidos como obrigações de fazer ou de realizar) por parte do mesmo Estado. Dito de outro modo: por meio dos direitos

fundamentais um cidadão é titular de um direito subjetivo contra o Estado que estaria, por sua vez, obrigado a uma ação (prestação positiva) ou omissão (prestação negativa) (FERNANDES, 2011, p. 229).

Porém, outra leitura pode, ainda, ser desenvolvida. Nessa, os direitos fundamentais representam garantias fundamentais de caráter instrumental. Ou seja, eles permitiriam ao cidadão acionar os Poderes Públicos – mas principalmente o Judiciário – para a proteção de outros direitos, representando, assim, meios processuais para o reconhecimento e assecuramento de direitos (FERNANDES, 2011, p. 229).

### 3.1.1 Práticas de Cidadania nos Serviços de Saúde Mental – Caso Damião Ximenes Lopes

Na apresentação do livro *A Instituição Sinistra – Mortes Violentas em Hospitais psiquiátricos no Brasil* (SILVA, 2001), este se intitula como um alerta para toda a sociedade e leitura imprescindível para quem quiser saber o que realmente ocorre dentro dos muros dos manicômios. Publicado pelo Conselho Federal de Psicologia, o livro apresenta relatos de crimes ocorridos dentro dos muros dos hospitais psiquiátricos no país, elaborados por entidades de Direitos Humanos ligadas à luta antimanicomial. Ao todo são sete casos contados por profissionais que convivem com a terrível realidade dessas instituições.

O segundo caso relatado em tal obra é o de Damião Ximenes Lopes, 30 anos, na Casa de Repouso Guararapes, em

Sobral (CE). O impacto da morte de Damião repercutiu em todo país por meio de denúncia pública procedida pela mãe e irmã da vítima, as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda. Movida pela dor, nas circunstâncias brutais da perda, a família de Damião passa a revelar toda estrutura miserável que tipifica as relações e interesses ligados aos hospitais psiquiátricos. O caso de Damião foi pesquisado pelo Diretor do Instituto Franco Basaglia do Rio de Janeiro, Milton Freire Pereira (SILVA, 2001).

Em referido livro, Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã de Damião, narra que:

Damião tinha 30 anos e sua saúde mental não era perfeita. Fisicamente era saudável e quando não estava em crise levava uma vida normal à base de remédios controlados. Era extremamente pacato, gentil e dócil. Era amado pela família e benquisto em toda a vizinhança. Ele já havia sido internado duas vezes na Clínica Guararapes e em ambas às vezes, voltou com cicatrizes que não possuía antes. Ele reclamou: “Lá dentro existe muita violência e maus-tratos; se o paciente não quer tomar o remédio, os enfermeiros batem até o doente perder as forças e aceitar o medicamento”.

No mês de setembro, meu irmão resolvera deixar de tomar os remédios, disse que lhe causavam náuseas e se sentia mal. Já estava farto de tantos remédios e afirmou com firmeza que nunca mais tomaria medicamento algum. Esta decisão afetou novamente sua saúde. Ficou sem dormir, sem se alimentar, inquieto, mas não estava agressivo. Nossa mãe, por receio que ele entrasse em crise, na tarde de sexta-feira, primeiro de outubro de 1999, levou-o ao hospital acima mencionado e o deixou internado para receber cuidados médicos.

Na segunda-feira pela manhã quando ela voltou para fazer visita encontrou Damião quase morto. Ele havia sido impiedosamente espancado, estava com as roupas sujas e rasgadas, as mãos amarradas para trás e seu corpo coberto de sangue. Cheirava a sangue coagulado, a fezes e a urina. Nas fossas nasais bolões de

sangue coagulado. Ele ainda conseguiu falar e numa expressão de pedido de socorro, disse: “polícia, polícia, polícia [...]

Uma faxineira do hospital contou para mamãe que presenciou tudo; os autores da violência foram os auxiliares de enfermagem e monitores do pátio, que teoricamente são contratados para apartar brigas, mas não possuem preparo para isso.

Mamãe pediu que limpassem o sangue. Eles deram um banho nele sem sequer desamarrar as mãos e o deixaram nu. Neste interstício, ela foi procurar o médico dele, que até o momento não havia lhe dado assistência. Aflita e chorando (reação normal de uma mãe, neste caso) fez reclamações ao Dr. Francisco Ivo de Vasconcelos (CRM 3374) e pediu para que ele atendesse meu irmão. Ele grosseiro mandou ela calar a boa (sic). Então ela disse: “Mas doutor, o meu filho vai morrer”. Ele respondeu: “Vai mesmo, porque todo mundo que nasce morre. Pare de chorar, eu não assistia novela porque não gosto de choro (sic)”.

Ali mesmo, onde estava, receitou um medicamento injetável, sem ao menos ver o paciente. Vale ressaltar que o Dr. Ivo é também o diretor clínico da Casa de Repouso Guararapes [...].

Ela saiu e foi até ao Damião novamente. Ele estava jogado ao lado de uma cama, completamente nu e ainda com as mãos amarradas. Ela queria tocá-lo, mas o enfermeiro disse que ele tinha tomada a injeção e, por isso, que não o incomodasse, pois ele ia dormir. Ela foi embora e pegou o ônibus para casa, em Varjota, cidade que fica a 72 km de Sobral. Quando ela chegou em casa, já havia um telefonema do hospital, chamando-a com urgência. Então, minha mãe me ligou e contou o que havia acontecido com Damião e que tinha sido chamada para voltar a Sobral com urgência. Eu pedi a meu esposo para pegá-la em casa e levá-la para a Clínica de Guararapes. Quando chegaram lá, estava um outro médico (sic), Dr. Humberto Lacerda, que disse que não sabia de nada e tinha sido encarregado apenas de dar a notícia. Ele disse “O rapaz faleceu”. Damião havia morrido. Depois, entregou o laudo assinado pelo Dr. Ivo, em que dizia que a *causa mortis* era “parada respiratória”. Nós sabíamos que não era verdade; tratava-se de um homicídio.

Minha mãe ficou em estado de choque. Então, meu esposo foi à polícia e pediu um exame cadavérico, mas o médico legista da polícia é o mesmo da Clínica Guararapes – ou seja, o Dr. Ivo Francisco. Por isso não deu em nada. Depois, pedimos o

mesmo exame para o Instituto Médico Legal de Fortaleza. Houve o exame, mas foi incompleto, nem abriram a caixa craniana. Eu e outras pessoas vimos o corpo, depois da autópsia e havia marcas de tortura. O resultado do laudo foi manipulado, dizendo “*causa mortis* indeterminada. Sem elementos para responder”. Denunciei o crime de todas as formas e para todas as autoridades ligadas à saúde, à justiça e aos direitos humanos – inclusive para o Coordenador de Saúde Mental do Estado do Ceará, Dr. Aquino, que, após visitar a Clínica com uma equipe, constatou que aquele hospital não tinha condições de funcionar. Ele também compreende que a morte de Damião foi causada por maus-tratos e assistência precária. (SILVA, 2001, p. 130-133).

Diante das confirmações das denúncias relativas à Casa de Repouso Guararapes, o Conselho Municipal decidiu pela sua intervenção, o que ocorreu no dia 29 de fevereiro de 2000. Depois de 90 dias do trabalho da junta interventora, o Conselho Municipal de Saúde proporia a solução definitiva para o caso (SILVA, 2001, p. 157).

No dia 10 de julho de 2000, a Secretaria Municipal de Sobral emitiu a Portaria CCA nº 113, descredenciando a Casa de Repouso Guararapes como instituição contratada para prestação de serviços ao SUS na área de assistência hospitalar em psiquiatria, ficando estabelecido que a assistência hospitalar de urgência seja prestada pelo hospital Dr. Estevão Ponte, sob a supervisão da Equipe de Saúde Mental do Município. O Centro de Atenção Psicossocial de Sobral – CAPS dará seguimento ambulatorial aos usuários. O programa da Saúde Família – PSF prestará a atenção básica aos usuários procedentes de Sobral e os procedentes de outros municípios ficarão a cargo do Ambulatório Especializado



em Psiquiatria do Centro de Especialidades Médicas (SILVA, 2001, p. 157).

Outras providências também foram tomadas, como ação indenizatória, por danos morais, em favor de Albertina Viana Lopes, mãe de Damião. Além disso, o caso foi encaminhado para os Conselhos Regional e Federal de Medicina (SILVA, 2001, p. 157).

O caso da morte de Damião Ximenes Lopes tornou-se relevante na história atual da psiquiatria no Brasil, pela quebra de um tabu. O fato se tornou coletivo, transcendendo o âmbito local e alcançando repercussão quando atingiu a opinião pública. Juntando-se a outros casos, o fato se transforma em debate nos mais diversos fóruns. Mobilizou, ainda, instâncias políticas, movimentos populares como o das entidades de usuários e familiares dos serviços de saúde mental e instituições oficiais como o Conselho Federal de Psicologia, culminando em ações como a da I Caravana Nacional de Direitos Humanos da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, que realizou um levantamento crítico da realidade manicomial brasileira (SILVA, 2001, p. 159).

Em termos locais, as auditorias e sindicâncias realizadas pelas Secretarias Municipal de Sobral e Estadual do Ceará, as ações do Conselho Municipal de Saúde de Sobral e da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará resultaram em intervenção e posterior descredenciamento da Clínica de Repouso Guararapes, provocando a aplicação, na prática, de uma nova política de saúde mental. Essa política, com

uma concepção democrática e comunitária, leva em consideração a subjetividade e o comportamento humano, incluindo de forma mais ampla na saúde pública e no contexto da Reforma Psiquiátrica Brasileira dimensões sociais, legislativas, econômicas e culturais, possibilitando uma prática transformadora e otimista em termos de cuidados, reabilitação e inclusão social (SILVA, 2001, p. 160).

Essa prática transformadora tem levado a psiquiatria a se articular melhor com outros saberes como a história, a filosofia, a antropologia, a sociedade, a psicanálise, a psicologia e, principalmente, a estabelecer uma relação riquíssima com o campo das artes (SILVA, 2001, p. 161).

A prática transformadora em saúde mental requer a construção de um novo modelo assistencial que facilite a participação ativa do usuário como principal protagonista de sua própria história. Esse modelo requer novos lugares de produção de sentido, onde na “emoção de lidar” possam fluir relações mais humanas e os afetos mais criativos, garantindo a construção da cidadania, favorecendo a integração psicossocial, o acesso à educação, à moradia, ao trabalho e ao lazer (SILVA, 2001, p. 161).

Essa nova prática requer também uma nova atitude da sociedade em relação ao portador de sofrimento psíquico, transformando também o status de seu papel histórico de bode expiatório, para se tornar um referencial da subjetividade humana. Por incrível que pareça, essa minoria tão mortificada pela clausura e segregação passou para a sociedade, em sentimentos, sensações, imagens e percepções oníricas, os conteúdos mais profundos de

conhecimento do homem sobre si mesmo. Em troca, como seres exóticos, foram amontoados em espaços reduzidos de prisão para reproduzirem uma cultura fabricada pelos seus algozes, sem direitos, sem testemunhas, amaldiçoados na prisão perpétua de uma condição cruel, como matéria prima da indústria da loucura, na sua vertente pública e privada (SILVA, 2001, p. 162).

A conclusão a que se chega é que, além de um novo modelo de atenção à saúde mental, há necessidade também de uma nova mentalidade, de uma nova atitude em face da sombra onde estão presentes os fatores irracionais e destrutivos das relações humanas. Deve-se levar em conta que a sobrevivência da própria espécie humana não depende apenas da relação do homem com a natureza ou com outros homens, mas também da relação do homem consigo mesmo. O novo continente da esfera da experiência humana, denominado por Freud de inconsciente, sempre foi empiricamente um lugar da vivência mais familiar da pessoa considerada doente mental. Lidar com o inconsciente significa lidar com o irracional para, cada vez mais e de uma forma melhor, lidarmos com a loucura, o absurdo e a violência nas relações humanas (SILVA, 2001, p. 163).

### 3.2 Resgate da Cidadania dos Pacientes Acometidos de Transtorno Mental no Distrito Federal

A Reforma Psiquiátrica coloca em pauta a questão da ética, da cidadania dos portadores de sofrimento psíquico e o processo

de desinstitucionalização, apontando para novas possibilidades no campo terapêutico (MORENO; SAEKI, 1998).

A cidadania não se apresenta mais como uma palavra abstrata, mas faz parte do cotidiano dos serviços de saúde. Sua busca não se baseia apenas na observação constante do quadro clínico, mas sim no conhecimento da história de vida dos pacientes (MORENO; SAEKI, 1998).

A relação que se estabelece é entre pessoas, em um local solidário, onde sujeitos/atores constroem uma relação democrática. Nesse novo cenário a doença mental permeia todos os microespaços e não está mais trancada em um prática que fica no fundo de uma enfermaria (MORENO; SAEKI, 1998).

As diretrizes devem ser propostas em nível local, de acordo com as peculiaridades do Distrito Federal, não existindo normas gerais ditadas por um órgão superior distante. Os projetos ou programas devem ser construídos por usuários, familiares e trabalhadores, de acordo com as necessidades do serviço e utilizando o máximo potencial criativo de todos (MORENO; SAEKI, 1998).

Nesse contexto, Vieira (1997) aponta que o exercício da cidadania cumpre um papel libertador e contribui para a emancipação humana, abrindo novos espaços de liberdade, por onde ecoarão as vozes de todos aqueles que, em nome da liberdade e da igualdade, foram silenciados.

O cotidiano dos serviços irá apresentar demandas diversas. Caberá à gestão do Plano Diretor de Saúde Mental 2011-2015 (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 510) acompanhar

adequadamente as ações, os resultados e tomar as medidas necessárias para implementar uma rede de saúde de base comunitária e com práticas territoriais articuladas também intersetorialmente. A ação territorial pode significar para muitos usuários dos serviços de saúde mental uma retomada dos espaços sociais e a consequente assunção do seu papel na sociedade.

Vale ressaltar que esse Plano é resultado de um processo de Planejamento Estratégico – PE, que contemplou a participação de usuários, familiares, trabalhadores e gestores. As propostas resultantes desse PE serviram para os debates nas Conferências Regionais de Saúde Mental, que por sua vez, produziram as bases de discussão da Conferência de Saúde Mental do DF – Intersetorial, ocorrida em maio deste ano. As propostas aprovadas foram encaminhadas ao Conselho de Saúde do Distrito Federal e compuseram o rol de propostas nacionais apreciadas na IV Conferência Nacional de Saúde Mental – Intersetorial, em junho último (DISTRITO FEDERAL, 2010a, p. 510).

No entanto, o direito à cidadania conforma-se e consolida-se mediante políticas públicas (MORENO, 1998). Portanto, enquanto não forem implementadas no DF políticas públicas de saúde mental que garantam assistência integral aos pacientes acometidos de tal patologia, a Reforma Psiquiátrica não passará de um movimento simbólico, vez que não cumpriu o seu principal papel: resgatar a cidadania dos pacientes acometidos por transtornos mentais.

## 4 Conclusão

Apesar dos avanços conquistados com a Reforma Psiquiátrica no que se refere à humanização do tratamento em saúde de indivíduos acometidos por transtornos mentais, constata-se que muitos obstáculos ainda devem ser transpostos para a efetiva universalidade e atendimento integral em saúde mental desses indivíduos. Portanto, a Reforma Psiquiátrica não é um movimento findo, mas que está em processo de construção e consolidação de seus princípios.

Se a Política Nacional de Saúde Mental merece reconhecimento por deflagrar a Reforma Psiquiátrica Brasileira, com a criação de Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) e de outros serviços extra-hospitalares substitutivos dos antigos Hospitais Psiquiátricos, bem como a previsão de leitos em Hospitais Gerais, não se pode ignorar que o fechamento desordenado de leitos psiquiátricos e a implementação de equipamentos de saúde mental em número insuficiente ou sem as mínimas condições de atendimento é um desastre.

Se considerarmos apenas os dispositivos previstos na Política Nacional de Saúde Mental já implementada no DF, conforme dados apresentados pela Gerência de Saúde Mental do DF, constantes no Plano Diretor de Saúde Mental 2007-2011 e 2011-2015, a realidade atual revela diversas falhas nas estruturas já implementadas, bem como a constatação da falta de CAPS, centros de convivência, leitos em Hospitais Gerais e inexistência de residências terapêuticas, o que compromete a integralidade de

assistência em saúde e o suprimento da demanda da população por esse tipo de atendimento.

Na atuação cotidiana da PROSUS, visando garantir os direitos dos usuários do SUS acometidos por transtornos mentais, constata-se que no DF a demanda por assistência em tal área da saúde é crescente e que, não obstante tal constatação, as Políticas Públicas de Saúde Mental já implementadas pelo governo são insuficientes para assegurar o tratamento integral desses pacientes como forma de resgate da cidadania.

Assim, impõe-se a implementação e ampliação, na sua totalidade, dos dispositivos extra-hospitalares das atuais políticas públicas em saúde mental no Distrito Federal, conforme preconizado pelo Plano Diretor de Saúde Mental do DF 2011-2015, de forma a incentivar o processo de desinstitucionalização. Contudo, a observação crítica da realidade revela que, nem sempre, a atuação dos gestores públicos é condizente com o fortalecimento dos recursos extra-hospitalares e com a humanização do tratamento em saúde dos indivíduos acometidos por transtornos mentais.

Ora, garantir a assistência integral aos pacientes acometidos de transtornos mentais no DF significa resgatar-lhes a cidadania, que tem na dignidade da pessoa humana seu principal fundamento. E, enquanto isso não ocorrer, a promoção dos direitos humanos não passará de discurso ideológico e vazio. Futuros trabalhos que acessem tais questões serão importantes no planejamento das ações tanto para a saúde como para a garantia da cidadania.

**Title:** Brazilian Psychiatric Reform to the Rescue of Citizenship for People Affected by Mental Disorder in Distrito Federal.

**Abstract:** This paper seeks to examine whether the current policies of the Distrito Federal follow the guidelines introduced by the Brazilian Psychiatric Reform, as well as performs a critical reflective analysis about public policy on mental health which have been implemented by the government of the Distrito Federal, seeking to verify if these are sufficient to meet the demand of patients of SUS users affected by this pathology as a way of rescuing citizenship. It proposes a reflection about the process of Brazilian Psychiatric Reform in which is culminated with the edition of the Law number 10.216/2001 and proposed new guidelines to the current public health system provided by Sistema Único de Saúde - SUS, to patients suffering from mental disorders. It is held bibliographical and documental research about the changes implemented by the Law number 10. 216/2001, which provides for the protection of the rights of people with mental disorders and redirects the model of mental health care, establishing guidelines for care outside hospitals, the reintegration into the society services and multidisciplinary services.

**Keywords:** Mental health. Public policy. Distrito Federal. Citizenship.

## Referências

ALMEIDA, Maurício B. *Noções básicas sobre metodologia de pesquisa científica*. Belo Horizonte: UFMG, [20--]. Disponível em: <<http://mba.eci.ufmg.br/downloads/metodologia.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.



BARROS, Aidil Jesus da Silveira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. *Fundamentos de metodologia: um guia para a iniciação científica*. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 2000.

BARROS, Sônia; EGRY, Emiko Yoshikawa. A enfermagem em saúde mental no Brasil: a necessidade de produção de novos conhecimentos. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 79-94, 1994. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v3n1/07.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

BELFORT, Fernando. Cidadania, estado de direito e democracia de direito. In: ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO (Coord.). *Direitos fundamentais, democracia e cidadania: estudos em homenagem a Elimar Figueiredo de Almeida Silva*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2010. p. 284-285.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Assistência de média e alta complexidade*. Brasília: CONASS, 2011.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *A política do Ministério da Saúde para a atenção integral a usuários de álcool e outras drogas*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns\\_alcool\\_drogas.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns_alcool_drogas.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n.º 3.090, de 23 de dezembro de 2011*. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3090\\_23\\_12\\_2011\\_rep.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3090_23_12_2011_rep.html)>. Acesso em: 14 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Brasília, DF, 2005. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde mental: 15 anos depois de Caracas. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15\\_anos\\_Caracas.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Relatório brasileiro sobre drogas*. Organizadores: Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte, Vladimir de Andrade Stempluk e Lúcia Pereira Barroso. Brasília: Senado, 2009. 364 p. Disponível em: <<http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/biblioteca/documentos/Relatorios/328379.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2011.

BRUNETTA, Cíntia Menezes. O direito das pessoas portadoras de transtornos mentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 835, p. 59-72, maio 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Secretaria de Estado de Saúde. Subsecretaria de Atenção à Saúde. Gerência de Saúde Mental no Distrito Federal. *Plano Diretor de Saúde Mental 2007- 2011*. Brasília: GESAM, 2010.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Ação Civil Pública. *Processo n. 2010.01.1.067203-4*, de 3 de maio de 2010. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/unidades/pddc/acp/2010.01.1.067203-4%20-%20Resid%20Terapeuticas.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Coletânea de normas*. Brasília, DF, 2010. v. 2.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Procedimento Interno nº 08190.135128/11-50*. Brasília, DF: Brasília, DF, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GUIMARÃES, Andréa Noeremberg et al. O tratamento ao portador de transtorno mental: um diálogo com a legislação federal brasileira (1935-2001). *Texto & Contexto Enfermagem*, v. 19, n. 2, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/tce/v19n2/08.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2011.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura: medida de segurança e reforma psiquiátrica*. Brasília: ESMPU, 2008.

MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. Novos desafios para as políticas públicas de saúde mental no Brasil. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, n. 320, p. 38-40, maio 2010.

MARCHEWKA, Tania Maria Nava. *A reforma psiquiátrica como justiça social: a atuação do Ministério Público na garantia do direito à saúde mental*. 2003. 108 f. Monografia (Especialização)—Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia na pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: preliminares. O estado e os sistemas constitucionais*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. Tomo I.

MORENO, Vânia; SAEKI, Toyoko. Refletindo sobre a cidadania nos serviços de saúde mental. *Revista Gaúcha de Enfermagem*, Porto Alegre, v. 19, n. 2, p. 91-94, jul. 1998. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/RevistaGauchadeEnfermagem/article/viewFile/4197/2218>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

MOTA, Taia Duarte; BARROS, Sônia. Saúde mental, direitos, cidadania: o escritório de advocacia como agência para inclusão social. *Revista Escola Enfermagem da USP*, v. 42, n. 2, p. 220-226, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v42n2/a01.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2013.

NOGUEIRA, Maria Sônia Lima; COSTA, Liduina Farias Almeida. *Política pública de saúde mental: discutindo o paradigma da desinstitucionalização*. São Luis: UFMA, 2007. Disponível em: <[http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoF/d7d2c633a8b08b4a7236MariaSonia\\_liduina.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoF/d7d2c633a8b08b4a7236MariaSonia_liduina.pdf)>. Acesso em: 23 ago. 2012.

OLIVEIRA, Cristiano Lessa de. Um apanhado teórico-conceitual sobre a pesquisa qualitativa: tipos, técnicas e características. *Revista Travessias*, Santa Cruz do Sul, RS, 2008. Disponível em: <[http://www.unisc.br/portal/upload/com\\_arquivo/um\\_apanhado\\_teorico\\_conceitual\\_sobre\\_a\\_pesquisa\\_qualitativa\\_tipos\\_tecnicas\\_e\\_caracteristicas.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/um_apanhado_teorico_conceitual_sobre_a_pesquisa_qualitativa_tipos_tecnicas_e_caracteristicas.pdf)>. Acesso em: 5 dez. 2012.

OLIVEIRA, Denize Cristina de et al. A política pública de saúde brasileira: representação e memória social de profissionais. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 197-206, jan. 2008.

OLIVEIRA, Lúcio Garcia de; NAPPO, Solange Aparecida. Crack na cidade de São Paulo: acessibilidade, estratégias de mercado e formas de uso. *Revista de Psiquiatria Clínica*, v. 35, n. 6, p. 212-218, jan. 2008. Disponível em: <<http://www.hcnet.usp.br/ipq/revista/vol35/n6/pdf/212.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2011.

RIO DE JANEIRO. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. *Ministério Público e tutela à saúde mental*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos, 2010.

SILVA, Marcus Vinicius de Oliveira. *A instituição sinistra: mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil*. Brasília, DF: Conselho Federal de Psicologia, 2001.

SOUZA, André Barbieri de. A necessária reinvenção da cidadania: uma fundamental construção social. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008. p. 31-37.

VIERA, Liszt. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

---

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

ALVES, Pollyana Beatriz de Oliveira. A reforma psiquiátrica brasileira para o resgate da cidadania das pessoas acometidas por transtorno mental no Distrito Federal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 173-243, 2014. Anual.

---

**Submissão:** 27/6/2014

**Aceite:** 21/7/2014



---

# Alternativas Penais ou Macropsia Punitiva? A Crise de Legitimidade das Penas Alternativas no Brasil

## Alessandra Campos Morato

Promotora de Justiça titular da 4ª Promotoria de Justiça do Tribunal do Júri de Brasília e integrante do Núcleo de Direitos Humanos do MPDFT. Atualmente exerce a Chefia de Gabinete da Corregedoria-Geral do MPDFT e coordena a pesquisa de campo “Alternativas Penais” – Projeto CNJ Acadêmico/UnB.

## Bruna Mello de Miranda

Advogada. Atendente de Reintegração Socioeducativa na Corregedoria da Secretaria de Estado de Políticas para as Crianças, Adolescentes e Juventude do Distrito Federal e Pesquisadora do Grupo Candango de Criminologia da UnB – GCCRIM.

## Leonardo Garcia Filho

Agente de Polícia Civil do Distrito Federal e pesquisador do Grupo Candango de Criminologia da UnB - GCCRIM. Graduado em Direito pela UnB.

**Resumo:** O presente artigo propõe uma abordagem panorâmica dos resultados da implementação das penas e medidas alternativas no Brasil, especulando acerca da concretização ou não dos objetivos da política criminal desenvolvida nos dez últimos anos, com a pretendida redução da população carcerária. Os coautores tratam de questões como retribuição e prevenção, a fim de verificar acerca da legitimidade das alternativas penais. Constata-se, então, a relevância da participação da sociedade e do engajamento dos agentes de controle social (polícia, Judiciário e Ministério Público) como elementos essenciais na reconstrução de uma política de alternativas penais efetiva. Assim, muito embora elogiável a intenção legislativa, apercebe-se em crise o sistema de alternativas penais.

**Palavras-chave:** Crime. Prisão. Alternativas penais.

**Sumário:** Introdução. 1 A Irracionalidade da Pena Tomada como Retribuição a um Mal Praticado. 2 A Política Nacional de Alternativas Penais. 3 O Papel das Agências de Controle den-



tro de uma Proposta de Reconstrução da Política de Alternativas Penais. 4 A Importância da Pesquisa para Mapeamento e Monitoramento da Execução da Política de Alternativas Penais: a Experiência dos Juizados Especiais Criminais. 5 A Experiência da Secretaria Executiva de Medidas Alternativas do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – SEMA/MPDFT no Monitoramento da Aplicação de Medidas Alternativas. 6 Considerações Finais. Referências.

## **Introdução**

Se abandonarmos a perspectiva fantástica de uma sociedade sem crimes fatalmente precisaremos lidar com a questão prática de estabelecermos as formas possíveis de controle da criminalidade.

Derivadas da ação humana no mundo, as manifestações criminosas são tão plurais quanto a variedade de possibilidades do agir dos indivíduos e, portanto, desafiam intervenções que reconheçam essa multiplicidade e suas peculiaridades. Buscar a resposta mais adequada ao crime pressupõe o reconhecimento de que, para um fenômeno tão múltiplo, não pode haver uma resposta única. E que qualquer resposta passa pela reflexão sobre a forma como pretendemos lidar com as transgressões humanas que alcançam a qualificação de criminosas.

Nesse sentido, qualquer manifestação criminosa é um conflito social entre indivíduos antes de ser um conflito entre um indivíduo e o Estado. Vistos como conflito social entre indivíduos, atos considerados criminosos permitem a ampliação do espectro de ações possíveis no sentido da solução do conflito, permitindo-se a reconstrução da justiça caso a caso, sem estigmatização e sem dor. No entanto, é a segunda concepção que rege o sistema

penal brasileiro, em que o Estado apropria-se do conflito, afastando e ignorando a vítima, abrindo caminho para a punição despersonalizada do infrator. É somente com base nessa concepção que a atuação institucionalizada do Estado pode ser pretensamente legitimada, autorizando-o a reagir às manifestações criminosas com uma solução única, que é a aplicação da pena de prisão.

Não associar crime com vingança e castigo é um desafio não apenas filosófico, mas também jurídico. Afinal, foi sob a promessa de abolir a vingança privada que o direito se inseriu entre os humanos acenando com a perspectiva de ser uma ferramenta capaz de favorecer uma convivência minimamente civilizada.

Ocorre que, por mais que nos esforcemos para crer e fazer que outros acreditem que superamos o paradigma da necessidade da vingança como expiação do crime, frequentemente nos vemos instados – quando não somos nós próprios – a demandar certo endurecimento da resposta penal que aplaque em nós essa sensação de insegurança tão frequente nas grandes metrópoles modernas.

E sempre que se fala em endurecimento penal é a prisão, como castigo e expiação, que tem se perpetuado ao longo dos anos como resposta penal por excelência. Falida, desacreditada e escandalosamente violadora dos mesmos direitos humanos que promete proteger, ainda assim encontra ressonância social para continuar existindo.

Reagimos ao crime com nossa demanda atávica por vingança e punição. Talvez isso nunca mude. *Mas reagir é diferente de agir*

*no mundo. E uma política criminal deve ser sempre a expressão de uma ação e não de mera reação.* Ação demanda reflexão, tempo e resultados observáveis. E é justamente aqui, no campo empírico da observação, que podemos buscar pistas para compreender por que a prisão por tanto tempo reina no imaginário popular como a resposta por excelência para o controle da criminalidade.

Ocorre que, quando se afirma que a prisão é a resposta que mais tranquiliza o cidadão acuado diante da violência urbana, esconde-se nessa afirmação o fato de que pouco se tem investido em respostas alternativas a ela.

O poeta e professor Ariano Suassuna, em suas palestras pelo Brasil, fala jocosamente sobre supostas “verdades” que o brasileiro costuma repetir sem muita reflexão e propõe, por exemplo, aos que afirmam que os cães adoram osso: experimentem oferecer filé aos cães ao invés de osso...

No campo da política criminal não é diferente. Experimente-se oferecer à sociedade uma alternativa eficaz ao cárcere e veremos que é possível, sim, escapar à lógica irracional da qual hoje somos todos prisioneiros.

É por isso que propor alternativas de controle da criminalidade diferentes da prisão é abandonar uma política criminal baseada em dogmas para abraçar *a construção de uma política criminal baseada em evidências.*

*Aqueles que sonham com uma sociedade sem prisões precisam, pois, trabalhar duro para construir alternativas responsabilizadoras que conquistem, por sua eficiência e sua*

*eficácia, o respeito e o reconhecimento das agências estatais de controle, da sociedade e dos indivíduos.*

## **1 A Irrracionalidade Jurídica da Pena Tomada como Retribuição a um Mal Praticado**

O sistema penal faz uso de um direito penal pautado na retribuição e na prevenção como discurso legitimador de suas ações, tendo em vista sua tentativa de adequação à ordem constitucional<sup>1</sup>. Para tanto, tem como objetivos declarados a igualdade, especialmente a formal (que estabelece uma falsa pretensão de neutralidade), a segurança jurídica e a prevenção geral. Entretanto, o que se verifica na prática é precisamente o oposto, devido ao que Cervini (1995, p. 64) chama de “jogo das relações e fatores de poder”, notando-se uma desfiguração daqueles princípios, fazendo que o sistema funcione de forma seletiva, marginalizante, estigmatizante e condicionante.

A atuação do sistema penal como estigmatizante e condicionante está intrinsecamente ligada ao caráter retributivo da pena de prisão, que precisamente por assumir essa característica torna-se irracional, uma vez que é aplicada para solucionar conflitos, mas apenas para infligir um sofrimento, uma dor sem sentido. Raúl Eugenio Zaffaroni (2001, p. 204, grifo do autor) define pena como sendo *“qualquer sofrimento ou privação de*

---

<sup>1</sup> Observe-se que a legislação relativa ao direito penal vigente em nosso ordenamento jurídico, exceto parte das leis extravagantes, antecede a Constituição Federal de 1988, sendo que após a sua promulgação, vem sendo realizado um esforço de adaptação de antigos institutos à nova ordem constitucional.

*algum bem ou direito que não resulte racionalmente adequado a algum dos modelos de solução de conflitos dos demais ramos do direito*". O sofrimento, contudo, não seria exclusividade da pena, fazendo parte do mundo jurídico, uma vez que vários institutos de outras áreas do Direito também causariam diferentes formas de sofrimento. Mas nenhum deles é denominado pena, pois possuem um sentido claro, estabelecido de acordo com modelos abstratos e verificável na aplicação prática, servindo às finalidades a que se propõem. A pena, ao contrário, "como sofrimento órfão de racionalidade, há vários anos procura um sentido e não o encontra, simplesmente porque não tem sentido a não ser como manifestação de poder" (ZAFFARONI, 2001, p. 204).

Assim, a pena de prisão é vista como um mal retribuído ao autor do delito e existe para restabelecer ou realizar a Justiça – Teoria da Retribuição Moral, de base kantiana – ou para a reafirmação e do Direito – Teoria da Retribuição Jurídica, de base hegeliana (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1997, p. 464). A retribuição do injusto surge, portanto, para compensar o mal a partir da culpabilidade do autor<sup>2</sup>, permitindo-se ao Estado castigar aquele que, com culpa, tenha praticado uma infração penal.

Evidentemente, quando se fala em retribuição, não há qualquer preocupação com a prevenção do delito ou com a pessoa do infrator. Ignora-se a condição de sujeito que compõe uma

---

<sup>2</sup> O conceito de culpabilidade majoritariamente adotado em nossos dias é eminentemente normativo e compõe-se de três requisitos: capacidade penal; conhecimento da antijuridicidade; exigibilidade de comportamento diverso.

comunidade daqueles que são interiorizados pelo sistema penal com a intenção de dar uma resposta à sociedade, retribuindo o mal praticado pelo infrator ao condená-lo à prisão. O que ocorre nesse modelo clássico e ultrapassado de Justiça Criminal é uma tentativa de atender às expectativas punitivas pretensamente atribuídas à sociedade, que sempre figura na condição de sujeito passivo do ato delitivo dentro desse modelo, não havendo qualquer preocupação prática com as reais expectativas que circundam o fato delitivo, seja do infrator, seja da vítima, seja da comunidade em que estão inseridos.

Tomar a pena de prisão como retribuição ao “mal” praticado pelo infrator faz que qualquer conduta a qual seja atribuído o rótulo de crime já implique, necessariamente, retribuição por meio do encarceramento. Assim, a pena com base na retribuição ao mal representa tanto uma debilidade teórica como um perigo prático, pois coloca a prisão à disposição do legislador, que muitas vezes introduz tipos penais no ordenamento jurídico como *mera reação* a fatos de grande repercussão nacional.

O castigo institucionalizado como punição, para além da mera vingança que possa existir nos conflitos entre indivíduos – o que é justamente uma das finalidades do Direito Penal por meio do monopólio do poder punitivo pelo Estado –, surge na Idade Média com a Igreja Católica, que assume a posição de instituição responsável pela expiação do mal. Nesse sentido, Álvaro Pires (2011, p. 33) questiona acerca da punição como sofrimento, fazendo referência a Berman, que busca a origem dessa noção de

pena, encontrando o primeiro registro em uma carta anônima do século XI em que se encontrava uma definição precisa de punição como “*um sofrimento que castiga e vinga o que o indivíduo fez*” (PIRES, 2011, p. 34). Posteriormente, essa ideia foi trabalhada em textos religiosos produzidos por expoentes do pensamento religioso, como Santo Anselmo e São Tomás de Aquino.

Essa noção de punição como castigo, como retribuição, portanto, parte de uma concepção religiosa, sendo incorporada posteriormente pelo Direito. Não se deve admitir, contudo, que o Estado, sob o manto do Direito, promova a aplicação da pena de prisão de maneira irracional, com o intuito de castigar. Passa por aqui a completa reprovação e combate aos movimentos que buscam o endurecimento das penas e flexibilização de garantias do Direito Penal, tornando-o incriminador, pois não se pode fazer uso do instrumental do Estado para vingar-se de alguém.

Para Roxin (1986, p. 18), a própria concepção de retribuição compensadora só pode ser plausível mediante um ato de fé, uma vez que não há racionalidade no ato de responder ao mal cometido com o mero sofrimento imposto (pena no sentido de expiação do mal). Esse ato de fé pode até povoar o imaginário de grande parte da população, mas evidentemente não pode ter sua fundamentação considerada como válida e vinculante para todos dentro do paradigma de Estado Democrático de Direito, a partir do que prevê a Constituição.

O livre arbítrio, a liberdade da vontade pressuposta pela liberdade humana, é indemonstrável. Roxin (1986, p. 18) afirma

que investigações antropológicas já “demonstraram que não existe uma determinação biológica geral do homem (contrariamente ao animal) e que essa relativa falta de esquemas instintivos fixos é substituída principalmente por modelos de condutas culturais”.

Nesse sentido, o indivíduo é livre, mas apenas para adotar o padrão de comportamento ditado pelos modelos das condutas culturais predominantes, não havendo espaço para a liberdade de atuação fora do que uma minoria entende como socialmente adequado.

Portanto, não se pode falar em vontade livre e consciente na ação do homem que vive nas sociedades ocidentais voltadas para o consumo e para a alimentação do sistema capitalista, pois, ao se extrapolar os limites desses modelos de comportamento desejados pelo sistema, surge uma tendência a criminalizar pessoas por condutas que são justamente produtos de tais interações, ou melhor, resultados da lógica que as informa: é o que acontecia com a mendicância<sup>3</sup> e com a greve (BATISTA, 1990, p. 35-36)<sup>4</sup>; é

---

<sup>3</sup> Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688, de 1941), art. 60: revogado recentemente, pela Lei n. 11.983/09.

<sup>4</sup> Ao tratar da interação entre capitalismo e sistema penal Nilo Batista afirma que o capitalismo, historicamente, recorreu ao sistema penal com dois objetivos essenciais: garantir a mão-de-obra; e impedir a cessação do trabalho. Nesse sentido, ‘para impedir a cessação do trabalho, criminalizava-se o trabalhador que se recusasse ao trabalho tal como ele ‘era’: criou-se o delito de greve.’ Lembra o autor que no Brasil, após a escravidão ser abolida, o Código Penal de 1890 punia a vadiagem em seu art. 399 e a greve, definida em seu art. 206 como “cessação ou suspensão do trabalho para impor aumento ou diminuição de serviço ou salário” (BATISTA, 1990, p. 35-36).



o que ainda acontece formalmente com a vadiagem<sup>5</sup>; e é também o que acontece com a criminalização que gravita ao redor da temática das drogas<sup>6</sup>.

No entanto, é imperativo reconhecer que o poder punitivo estatal, dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, com fundamento na dignidade da pessoa humana, não está autorizado a castigar ninguém, seja qual for o motivo. A punição nesses moldes olha exclusivamente para trás, sem qualquer preocupação com o futuro, retirando a condição de pessoa daquele que recebe o castigo, fazendo que o poder punitivo alinhe-se a um paradigma de Estado autoritário. Acrescenta-se a noção de que não se resolve um conflito adicionando-lhe mais violência, da mesma forma que não há como se admitir a extirpação da culpa imputada ao autor de um delito infligindo-lhe um mero castigo.

## **2 A Política Nacional de Alternativas Penais**

Antes de tudo, é preciso notar que a inserção das alternativas no sistema penal afigura-se medida inovadora, pois contraria

---

<sup>5</sup> Lei de Contravenções Penais, art. 59: Projeto de Lei 4.668/04, que prevê a revogação desse artigo, foi aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados em 8/8/2012 e seguiu para o Senado (onde já existiam projetos com a mesma finalidade).

<sup>6</sup> Embora o assunto, para ser tratado de maneira adequada, exija argumentos mais complexos do que esta redução, entendemos que a criminalização do uso de drogas e sua relação com o tráfico de drogas (lembre-se alta seletividade permitida pela adequação típica que transita entre os arts. 28 e 33 da Lei n. 11.343/06 a depender de quem se está incriminando), na prática, nada mais é do que a criminalização de pessoas devido a suas condutas.

a prisão como paradigma punitivo, e contrapõe-se à cultura do encarceramento como resposta penal básica. Nesse sentido, leia-se a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal em vigência:

26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de *restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade*, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. [...]
28. Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma ‘procura mundial’ de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade. (BRASIL, 2013, p. 13-14, grifo nosso).

Então, de plano se apercebem os primeiros indícios de tentativas de mudança nas execuções penais no Brasil, relegando ao cárcere uma função residual, de última via. Todavia, essas alterações não surgiram a partir de uma demanda popular, ou de um movimento social. Na verdade, foram postas nitidamente de modo vertical e ligeiramente externo, quase impositivo, quando, supõe-se, deveriam incluir a todos. Isso porque:

- [...] as discussões sobre a aplicação de penas alternativas em substituição às penas privativas de liberdade devem continuar nos bastidores não só dos tribunais, mas no seio de toda a sociedade. (OLIVEIRA; XAVIER, 2009, p. 17).

Daí, inserir as alternativas penais na política de segurança pública e de justiça no Brasil tem sido uma pauta difícil. A cultura nacional do encarceramento reforça o ceticismo quanto

à possibilidade de que a mudança de paradigma possa vir de alterações legislativas. Diante de uma limitação de tal porte é preciso buscar outros caminhos, criar cenários institucionais favoráveis à experimentação e à diversidade de procedimentos. Observá-los. Monitorar e validar aqueles que se mostrarem mais eficazes. Em suma, criar uma cultura de planejamento e de uma intervenção penal baseados em evidências.

Nesse caminho, o estímulo à participação da comunidade afetada pelo crime no processo de responsabilização do infrator é essencial.

Também nesse sentido, eis a relevância da sociedade civil no êxito da implementação de políticas criminais:

Como qualquer política pública, a política de alternativas penais se concretiza no espaço das cidades, bairros e comunidades. Depende dos atores e serviços estatais mas também, e igualmente, da *sociedade civil*: é ela que acolhe e fornece vagas aos prestadores de serviços à comunidade, modalidade restritiva de direitos mais aplicada no país, que oferece espaços de diálogo e mediação às pessoas envolvidas em conflito e, enfim, que viabiliza o processo de restauração das relações entre os autores de delito, as vítimas e a comunidades. (BRASIL, 2013, p. 13-14, grifo nosso).

Afinal, mesmo para o leigo no Direito – e talvez especialmente para ele – não será tarefa árdua notar que o cárcere afigura-se como o parâmetro punitivo por excelência no sistema penal brasileiro. A cronometragem do tempo, o disciplinamento do comportamento, o condicionamento das condutas e o cerceamento da liberdade, dentre outras astúcias (não menos

espertas) são técnicas eficazes de controle social, sejam elas medidas de prevenção geral ou especial.

E é justo por esse motivo que nos deparamos com alguns paradoxos, como a *crise de legitimidade* das penas alternativas. É imprescindível a adesão da sociedade ao sistema punitivo vigente, encarando-o como potencialmente eficaz e proporcional. Doutro modo, o descrédito nas penas alternativas configura, ao tempo que numa supervalorização do cárcere como solução punitiva, também na intenção de recrudescimento do tratamento penal, tantas vezes pernicioso e inadequado.

Ora, na verdade é justamente para a sociedade que essa retribuição faz tanto sentido, que anseia por uma *resposta estatal às transgressões* e pela tão famigerada (*sensação de*) “segurança pública”.

Ocorre, entretanto, que essas concepções, para o conhecimento jurídico, possuem outras premissas e, conseqüentemente, outros resultados. Não que cumpra à política criminal um deliberado desprestígio do senso comum: ao revés, afinal, é exatamente no que a sociedade eleva a bem jurídico que o Direito Penal intervém e se apoia, encontrando legitimidade. O reconhecimento social (por meio do conhecimento espontâneo) de determinada política pública é, portanto, questão de primeira relevância. Até porque “*o senso comum e a ciência são expressões da mesma necessidade básica, a necessidade de compreender o mundo, a fim de viver melhor e sobreviver.*” (ALVES, 2000, p. 21, grifo nosso).

Aponta Bitencourt (2012, p. 165) para o estabelecimento de uma política criminal carente de legitimidade, como na teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, compatível, em justificação, com as penas alternativas. Do mesmo modo, o modelo tecnocrático do saber social proposto pela teoria sistêmica do Direito Penal implicaria, segundo Conde (2004, p. 122 apud BITENCOURT, 2012, p. 165), um neorretribucionismo intrassistemático, em que não se questiona o sistema social, para onde se desloca a subjetividade. Senão, leia-se:

Com os avanços das pesquisas sociológicas, a teoria da prevenção geral positiva alcança uma dimensão muito mais ampla, de modo que *a finalidade de reafirmação da fidelidade e da confiança da comunidade no Direito passa a ocupar o centro da fundamentação de todo o sistema penal.* (CONDE, 2004, p. 122, grifo nosso).

Assim, não resta dúvida de que a institucionalização das alternativas penais é desafio latente e determinante da eficácia da política criminal. Não por acaso, a conclusão do Grupo de Trabalho de Alternativas Penais, instituído no âmbito do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, por meio da Portaria DEPEN nº 226, de 10 de junho de 2011, aponta para o *fortalecimento das penas alternativas*, em lógica contrária à expansão do controle penal e para o estabelecimento de diretrizes que sirvam de parâmetro à multiplicação da ação nos estados (BRASIL, 2013, p. 24).

### **3 O Papel das Agências de Controle dentro de uma Proposta de Reconstrução da Política de Alternativas Penais**

A preocupação é, doutro modo, também uma potencial retroalimentação do sistema de alternativas penais, que sofre o risco de assumir proporções tão agigantadas quanto às do carcerário, em que jamais há vagas suficientes, sendo constantemente necessário ampliar seus instrumentos de atuação e execução.

A questão é que esse agigantamento do sistema carcerário, ao revés de resultar no atingimento dos objetivos ressocializadores que se pretende, reduz-se, na verdade, a práticas de controle e exclusão social, dado o seu caráter seletivo. Nesse sentido, imperioso lembrar que o copioso mundo intramuros abarca depositários da expiação<sup>7</sup>, como fosse uma punição por amostragem, inclusive quanto à cifra oculta.

É preciso, portanto, atentar para a qualidade (eficácia) na aplicação das penas alternativas, não se atendo apenas ao avolumamento desgovernado de sua aplicação. Por isso é que hoje já se especula acerca da ocorrência efetiva de redução dos níveis de encarceramento decorrente da aplicação de penas alternativas, conforme se previa quando da sua instituição legislativa.

Essa indagação se dá principalmente porque, no Brasil, o crescimento da aplicação de penas alternativas se deu majoritariamente em razão da prática de infrações de menor

---

<sup>7</sup> Referimo-nos aqui à mítica figura do bode expiatório, muito recorrente na literatura psicanalítica para explicar determinados comportamentos repressivo-punitivos dirigidos àqueles em condição indefesa, carregados de sentimentos de culpa e enviados ao deserto.

potencial ofensivo ou de crimes com pena mínima inferior a um ano, e não em substituição a penas privativas de liberdade. Ou seja: o perfil dos indivíduos submetidos ao cumprimento de penas restritivas de direitos é distinto daqueles inicialmente submetidos ao cárcere. Trata-se então, a atual prática, de absoluta inversão do espírito legislativo, uma vez que amplia as hipóteses de intervenção punitiva.

Segundo levantamento de dados do 1º semestre de 2008, consolidados pela Coordenação-Geral de Política, Pesquisa e Análise da Informação do Depen, o número de cumpridores de pena e medida alternativa ultrapassou o número de presos no Brasil.

Logo, se é verdade que as penas alternativas não funcionam como solução para a redução da população carcerária, então há que se mudar de estratégia para que elas sirvam aos casos aos quais se aplicam, tanto em nível retributivo quanto preventivo, mas também atinjam aquela população que hoje cumpre pena privativa de liberdade, atendendo exatamente o que a sua própria denominação pressupõe: a ideia de uma alternativa, como forma de substituição gradativa e em detrimento à prisão. Eis porque não somente a sociedade como também as agências de controle exercem papel essencial na proposta de reconstrução das políticas de alternativas penais, na intenção de legitimá-las.

Zaffaroni (2001) já atentou para a irracionalidade violenta do sistema penal, afirmando que esta o deslegitima; o que, por sua vez, demonstra (ao contrário do que se pensa) que a função

política que as agências judiciais desempenham (mesmo quando se isentam de exercer seu poder) devem ser capazes de definir *para que e para quem* servem.

Dessa forma, dentro da proposta de reconstrução do sistema a partir de um discurso jurídico-penal reetizante, as agências judiciais deveriam exercer uma função contraditória ao poder instituído (e portanto contrário à violência exercida contra determinados setores sociais e a favor dos Direitos Humanos). Esse comportamento, por sua vez, poderia induzir a discussão dentro das próprias instituições não judiciais (agências policiais e penitenciárias), embora Zaffaroni (2001) reconheça ser pouco provável uma verdadeira mudança no comportamento delas, dado o treinamento ao qual são submetidas nos países marginais.

Seja como for, a indução do diálogo dentro dessas instituições, com destaque para as agências policiais e penitenciárias, poderia contribuir para uma tomada de consciência social dos seus membros. À medida que isso ocorresse, os integrantes dessa instituição iriam exigir corporativamente novas funções relacionadas ao seu papel comunitário. O autor em comento destaca, nesse sentido: a potencialidade das agências policiais em inspirar modelos de resolução de conflito não punitiva e a capacidade de as agências penitenciárias reivindicarem a aplicação de penas privativas de liberdade e a redução ao mínimo possível da execução da pena e dos efeitos destruidores e multiplicadores da pena.

Essas medidas são possíveis no Brasil, a partir de uma capacitação do corpo policial e penitenciário nesse sentido,



instituindo-se uma política alternativa à prisão e não à punição (como tanto se acusa, no sentido de uma suposta impunidade) e uma cultura de desencarceramento como providência positiva e não negativa para a sociedade.

Também o Poder Judiciário é passível de mudanças na sua atuação: numa análise casuística, por óbvio, das hipóteses em que é suficiente como resposta punitiva a substituição imediata por penas restritivas de direitos, suspensão condicional da pena ou suspensão condicional do processo. O benefício certamente não se restringirá ao apenado, mas se reverterá em prol de todo o corpo social.

#### **4 A Importância da Pesquisa para Mapeamento e Monitoramento da Execução da Política de Alternativas Penais: a Experiência dos Juizados Especiais Criminais**

A experiência dos Juizados Especiais Criminais e da aplicação de penas alternativas tem demonstrado que a dinâmica de funcionamento desses órgãos não corresponde às previsões legislativa e doutrinária que foram feitas quando da edição da Lei nº 9.099/95, uma vez que eles parecem levar consigo muitos dos problemas verificados nas instâncias tradicionais do Poder Judiciário.

Pesquisando a dinâmica de atuação do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte, o Núcleo de Estudos de Segurança Pública – NESP, da Fundação João Pinheiro, levantou dados quantitativos e qualitativos que permitiram chegar a conclusão de que, na prática, o processamento de conflitos naquele Juizado

em muito se identificava com os conflitos processados mediante procedimento ordinário e sumário (BATITUCCI et al., 2010, p. 267).

Essa pesquisa permite a Batitucci *et al.* afirmar que o procedimento realizado pelo Juizado Especial Criminal é típico de uma *linha de montagem*, fazendo referência a Saporì, que identifica na justiça criminal tradicional uma burocratização excessiva, cujas características são impessoalidade, formalismo, centralização, profissionalização, especialização e documentação. Isso porque: “a linguagem é padronizada tendo em vista os termos jurídicos utilizados, as decisões são formalizadas de acordo com o tipo de caso, os formulários estão sempre prontos aguardando apenas o nome dos envolvidos” (BATITUCCI et al., 2010, p. 267).

Os pesquisadores perceberam haver uma “regularidade mecânica” na dinâmica de funcionamento também nas audiências do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte, reafirmada pelo número de conciliações e sentenças, fazendo que se verifique a burocracia inerente ao sistema *Civil Law* no que se refere à “abundância de papéis e ritos a serem cumpridos; em uma institucionalidade refratária à linguagem popular e cheia de formalismos desnecessários à solução dos conflitos” (BATITUCCI et al., 2010, p. 268). Isso faz que o procedimento nos Juizados seja extremamente longo para um juizado se considerados os princípios pelos quais deveriam pautar-se:

O tempo necessário ao JECrim para o processamento de seus casos em geral (110 dias) não é muito inferior ao tempo prescrito do CPP (Código de Processo Penal) para o processamento de crimes comuns pela instância tradicional (129 dias para réu preso e 179 dias para réu solto). Portanto os tempos observados no fluxo dos processos no Juizado ajudam a evidenciar que o JECrim-BH apresenta importantes limitações institucionais para o exercício tempestivo das atividades a que se propõe, dentro dos ideais originais previstos na Lei dos Juizados Especiais. (BATITUCCI et al., 2010, p. 259).

Dois fatores são identificados como problemáticos na operatividade, ou na dinâmica dos Juizados Especiais Criminais. O primeiro é a ausência de uma concepção institucional mais profissionalizada para o exercício da conciliação, não no sentido de acurácia técnica, mas no sentido de efetivamente prestar um serviço público pautado pela informalidade e oralidade, propiciando uma real aproximação entre a Justiça e os indivíduos que a procuram. O segundo fator é exigência de produção maior do que a capacidade de atendimento para se dar uma resposta institucional com qualidade, ou seja, há uma tentativa de se encobrir a crise da administração da justiça pelo eficientismo.

No que se refere à conciliação realizada no âmbito dos Juizados de Belo Horizonte, expõem Batitucci *et al.*:

Ademais, os conciliadores são claramente pressionados a realizar um grande número de audiências por turno e de forma breve. Na dinâmica de processamento do JECrim, o ritmo da conciliação e da mediação é ditado pela escala e há uma pressão inexorável sobre os coordenadores, que delineia um sistema em que o acordo é extraído sem o menor entendimento do que seria a Justiça e qual deveria ser o real papel de um provável mediador/restaurador de conflitos.

Portanto, muito mais do que a preocupação em solucionar pequenos delitos, o foco do JECrim de Belo Horizonte consiste em processar e punir, com absoluta eficiência, as perturbações à ordem que chegam ao seu conhecimento. Não há preocupação com o destino das partes, sendo algo que escapa à sua competência.

Essa preocupação exacerbada do JECrim-BH com a eficiência possibilita, de fato, a realização de audiências de conciliação rápidas e eficazes; a grande maioria dessas consegue levar o procedimento a um desfecho que, em geral, se consolida na transação penal. Contudo, se por um lado, o não tratamento de cada caso como se fosse único possibilita a realização de um número maior de transações penais e, por conseguinte, uma maior produtividade, por outro, esse fenômeno demonstra uma inversão de prioridades dessa instância do Poder Judiciário. (BATITUCCI et al., 2010, p. 263).

Essa busca pela eficiência vai de encontro ao que postula o direito penal mínimo e é extremamente criticada por Lopes Jr., uma vez que corresponde ao utilitarismo e à lógica de mercado, em que “tempo é dinheiro”, valorizando-se a produção de decisões e “solução” de casos sem se atentar para a qualidade da solução. Nas palavras do autor:

A premissa neoliberal de Estado mínimo também se reflete no campo processual, na medida em que a intervenção jurisdicional também deve ser mínima (na justiça negociada o Estado se afasta do conflito), tanto no fator tempo (duração do processo), como também na ausência de um comprometimento maior por parte do julgador, que passa a desempenhar um papel meramente burocrático. É inafastável que vivemos numa *sociedade regida pela velocidade*, mas isso não nos obriga a tolerar o atropelo de direitos e garantias fundamentais característico dos juizados especiais. (LOPES JUNIOR, 2006, p. 141).

Entretanto, esse não é um problema específico dos Juizados Especiais Criminais. Como ressalta Lopes Jr. em outro trecho de sua obra, agora referindo-se ao processo penal e ao sistema penal:

Os juízes são pressionados para decidirem “rápido” e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais “acelerados”, esquecendo-se que o tempo do direito sempre será outro, por uma questão de garantia. A aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas. Não podemos sacrificar a necessária maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal. (LOPES JUNIOR, 2006, p. 37).

Nesse mesmo sentido, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2001) afirma que na prática dos Juizados Especiais Criminais o que é levado em conta é o tempo que o juiz tem disponível para a audiência, deixando-se de buscar qualidade, não se discutindo o problema, não havendo diálogo entre vítima e autor. Essa constatação nos permite afirmar que o que se verifica na prática dos Juizados Especiais Criminais representa uma perversão da Lei 9.099/95, uma vez que suas bases encontram-se justamente na justiça consensual e constitutiva, buscando-se medidas alternativas para solucionar-se o conflito, contrapondo-se, portanto, à justiça retributiva.

Há ainda outra crítica quanto à atuação do Poder Judiciário no contexto da aplicação de penas e medidas alternativas, que é a frustração da expectativa de redução do número de processos e a ampliação da intervenção estatal em crimes que haviam sido “esquecidos”.

A ideia vislumbrada com a implantação dos Juizados Especiais Criminais era desafogar o sistema penal, reduzindo o movimento processual das Varas Criminais Comuns. Entretanto, Azevedo (2001, p. 103) afirma que a “análise do movimento processual verificado na Comarca de Porto Alegre nos dois anos anteriores e posteriores à implantação não confirma essa expectativa”, pois de acordo com dados fornecidos pela Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul referentes à Comarca de Porto Alegre, nos anos de 1994 e 1995 foram distribuídos para as Varas Criminais Comuns em torno de 6.000 processos por ano, número que salta para quase 55.000 em 1996, reduzindo para 37.608 processos em 1997. Isso demonstra que, em que pese ter havido significativa redução percentual entre os anos de 1996 e 1997, “o volume de processos distribuídos nas antigas Varas Criminais se mantém praticamente inalterado” (AZEVEDO, 2001, p. 103).

O autor conclui que em vez de assumir parte dos processos que chegavam até aquelas varas,

[...] os Juizados Especiais Criminais passaram a dar conta de um tipo de delituosidade que não chegava até as Varas Judiciais, sendo resolvido por meio de processos informais de ‘mediação’ nas delegacias ou pelo puro e simples ‘engavetamento’ (AZEVEDO, 2001, p. 103).

Encontramos aqui uma dura crítica à Lei nº 9.099/95, pois para Azevedo os Juizados Especiais Criminais, com a finalidade de trazer a conciliação para dentro do processo penal, tornando-o informal, para dispersar e desafogar o Poder Judiciário, acabaram

por trazer para dentro da justiça penal uma conflitualidade antes “abafada” nas delegacias. No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. afirma que:

[...] quando todos defendem a intervenção penal mínima, a Lei 9.099 vem para ressuscitar no imaginário social as contravenções penais e outros delitos de bagatela e mínima relevância social. É a banalização do processo penal (LOPES JUNIOR, 2006, p. 26).

Essas críticas, embora direcionadas ao modelo de justiça penal que se propõe como alternativa, são antes uma crítica ao sistema penal e à crise da administração da justiça como um todo, no sentido de que ela é uma crítica direcionada à manifestação do caráter retributivo e irracional que assume o sistema penal.

Ao referir-se aos Juizados e à Lei nº 9.099/95, a crítica garantista procede enquanto tal na medida em que se refere à forma como a resposta jurisdicional se dá, selecionando e excluindo pessoas, e verifica nos procedimentos ali realizados uma busca pela eficiência a qualquer custo, o que se faz em detrimento da efetiva solução do conflito, ou ao menos em detrimento de um tratamento mais humano e digno da pessoa que é levada até o Poder Judiciário.

No que se refere a essa busca pela eficiência, ela representa, obviamente, o caminho mais fácil ou mais rápido para se dar conta de um problema a partir de uma ótica punitiva, o que se verifica tanto no caso dos Juizados Especiais Criminais quanto no caso das instâncias tradicionais do Poder Judiciário.

Contudo, há certo avanço no sentido da descarcerização, o que se verifica tanto nas medidas despenalizadoras dos Juizados quanto nas próprias penas alternativas, uma vez que há previsão legal fundamentando possível atuação jurisdicional no sentido de evitar a prisão e conseqüentemente a irracionalidade do sistema penal, já que a prisão é a principal e mais danosa das tantas irracionalidades verificadas. Nesse sentido, nota-se que há possibilidade de redução da discricionariedade seletiva inerente ao poder punitivo do sistema penal, uma vez que permite evitar o encarceramento seletivo e marginalizante.

Como afirma Zaffaroni (2001), o Poder Judiciário deve funcionar como órgão pautado por uma atuação no sentido de reduzir ao máximo a irracionalidade do sistema penal. Uma das formas de fazer isso é diversificar a resposta dada aos conflitos. Isso porque a prisão não é, evidentemente, solução de conflito, sendo degradante em várias esferas da condição humana. Especificamente no que diz respeito ao tempo de encarceramento, observa-se total desamparo dos Direitos Humanos.

Com base em Álvaro Pires (2001) e Aury Lopes Jr. (2006), fica a observação de que os Direitos Humanos não dão conta do tempo que a pessoa permanece na prisão e isso é algo extremamente nocivo em certos casos concretos e flagrantemente violador da dignidade humana em alguns tipos penais cuja cominação abstrata vai além do razoável.



## **5 A Experiência da Secretaria Executiva de Medidas Alternativas do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – SEMA/MPDFT no Monitoramento da Aplicação dos Institutos Despenalizadores**

Partindo da construção de Arendt (2004, p. 93-156) que concebe poder como sinônimo de consenso, interação dialógica, defendemos que a criação de um espaço dialógico próprio onde o conflito possa ser reconhecido, trabalhado e negociado é, pois, um fator crucial para redução da violência nas relações sociais.

E entre as formas de enfrentamento da violência urbana, ao buscar a parceria da sociedade civil organizada, a Justiça Criminal deve abrir espaço para que esse trabalho seja feito de forma horizontal, favorecendo ambiente propício onde os envolvidos no conflito e os parceiros da rede de atendimento multidisciplinar possam encontrar a solução mais adequada ao caso.

A lei estabelece que a prestação de serviços à comunidade e a prestação pecuniária – intervenções alternativas à prisão – dar-se-ão em entidades com destinação social, assistenciais, orfanatos e outros congêneres, em programas comunitários e estatais, ou seja, atribui uma tarefa dentro do sistema de administração dos conflitos à sociedade civil organizada.

O Ministério Público, como titular da ação penal pública, tem também a atribuição de, preenchidos os requisitos legais, oferecer a suspensão condicional do processo e a transação penal. O comprometimento do Ministério Público ao oferecer tais medidas e institutos alternativos à prisão e, em alguns casos, ao processo penal deve se estender ao monitoramento e

acompanhamento da fiel execução delas, de modo que se verifique se foram realmente as mais adequadas, necessárias e suficientes não só para a repressão, mas principalmente para a prevenção de novas infrações penais. Essa é a intenção da lei.

E se no cumprimento de tal mister a relação de parceria pode se revelar mais eficaz, a institucionalização de um canal de aproximação entre o Ministério Público, uma das agências de controle oficial, e a sociedade civil organizada pode ser apresentada neste estudo, pois tem sido testada há alguns anos no Distrito Federal.

A Secretaria Executiva de Medidas Alternativas – SEMA é um órgão do MPDFT criado em 2001 para auxiliar promotores de justiça na proposição, fiscalização e sistematização dos dados relativos às penas e medidas alternativas. A partir do trabalho desenvolvido pela SEMA, é possível mapear o número de medidas aplicadas, as instituições beneficiadas, o perfil do autor do fato e coletar dados que nos permitam especular sobre a eficácia das penas e medidas alternativas.

A par dessas vantagens, após 13 anos de sua implantação a SEMA vem demonstrando ser um viável canal de aproximação e diálogo com a sociedade civil para o enfrentamento de várias questões relacionadas ao controle da criminalidade. As intervenções são feitas fora do ambiente formal das salas de audiência, por profissionais de outras áreas, tais como, psicólogos e assistentes sociais, o que favorece a abordagem multidisciplinar tão desejada e mencionada no início deste artigo.

A SEMA também é estruturada para armazenar dados a partir do monitoramento das medidas aplicadas pelos promotores de justiça no Distrito Federal.

A partir da análise de tais dados é possível, por exemplo, comparar o volume de medidas aplicadas nas cidades do Distrito Federal, além da quantidade de revogações dos institutos, como podemos observar na tabela e gráfico a seguir:

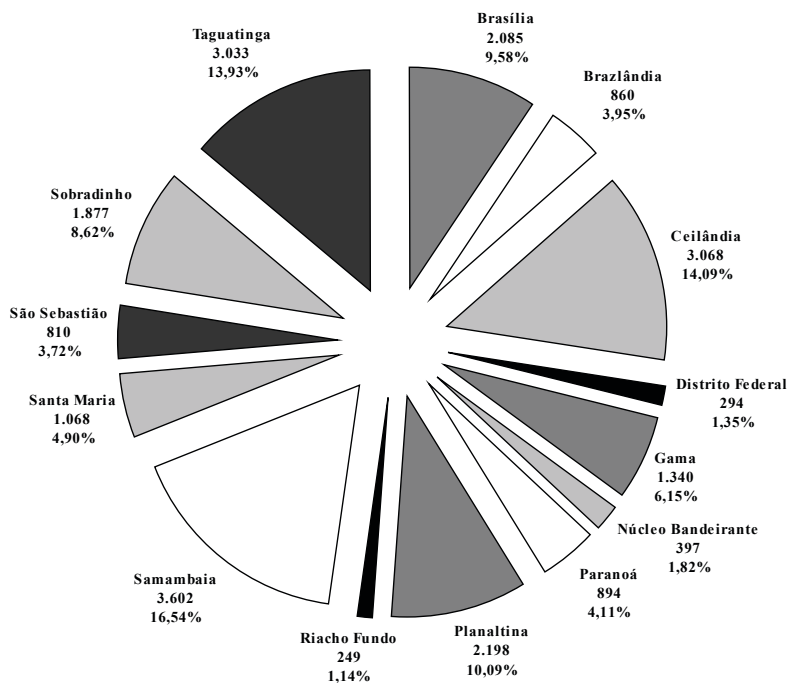
**Tabela única**– Medidas Aplicadas de 2009 até hoje

<b>Circunscri- ção</b>	<b>SURSI</b>	<b>Tran- sação Penal</b>	<b>TOTAL</b>	<b>Institu- tos Re- vogados</b>	<b>Percentu- al de Re- vogações</b>
<b>Brasília</b>	455	1.630	<b>2.085</b>	<b>16</b>	<b>0,76%</b>
<b>Brazlândia</b>	482	378	<b>860</b>	<b>53</b>	<b>6,16%</b>
<b>Ceilândia</b>	936	2.132	<b>3.068</b>	<b>6</b>	<b>0,19%</b>
<b>Distrito Federal</b>	239	55	<b>294</b>	<b>0</b>	<b>0</b>
<b>Gama</b>	334	1.006	<b>1.340</b>	<b>17</b>	<b>1,27%</b>
<b>Núcleo Bandeirante</b>	159	238	<b>397</b>	<b>1</b>	<b>0,25%</b>
<b>Paranoá</b>	255	639	<b>894</b>	<b>8</b>	<b>0,89%</b>
<b>Planaltina</b>	1.043	1.155	<b>2.198</b>	<b>92</b>	<b>4,18%</b>
<b>Riacho Fundo</b>	62	187	<b>249</b>	<b>1</b>	<b>0,40%</b>
<b>Samambaia</b>	1.465	2.137	<b>3.602</b>	<b>39</b>	<b>1,08%</b>
<b>Santa Maria</b>	570	498	<b>1.068</b>	<b>72</b>	<b>6,74%</b>
<b>São Sebastião</b>	331	479	<b>810</b>	<b>74</b>	<b>9,13%</b>

<b>Sobradinho</b>	476	1.401	<b>1.877</b>	<b>5</b>	<b>0,27%</b>
<b>Taguatinga</b>	1.066	1.967	<b>3.033</b>	<b>107</b>	<b>3,53%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>7.873</b>	<b>13.902</b>	<b>21.775</b>	<b>491</b>	<b>2,25%</b>

Fonte: SMA/SISPROWEB/MPDFT.

**Figura única-** Medidas aplicadas de 2009 até hoje



Fonte: SMA/SISPROWEB/MPDFT.

Conforme se observa, a metodologia de acompanhamento das medidas aplicadas evidencia um índice médio de cumprimento em mais de 97% dos casos. Mesmo nas cidades com maior

índice de revogações (retomada do processo criminal por descumprimento do acordo feito com o Ministério Público) esse índice de efetividade se confirma.

O Sistema Informatizado de Cadastramento de Medidas Alternativas do Ministério Público do Distrito Federal – SMA nasceu para acompanhamento das medidas aplicadas e é baseado no cadastramento dos dados extraídos dos termos de audiência em que elas são fixadas. O SMA é um sistema autônomo e integra o sistema de informação da SEMA, mas se insere na lógica do armazenamento e qualidade de dados desenvolvido pelo SISPROWEB, que é o sistema oficial de controle de feitos e requerimentos que ingressam no Ministério Público do Distrito Federal<sup>8</sup>.

Os dados armazenados também podem ser acessados para verificarmos a quantidade de medidas aplicadas, inclusive discriminadas por cidades, as infrações penais mais frequentes, as instituições parceiras que mais receberam prestadores de serviços ou prestações pecuniárias.

Investir na qualidade das informações, de forma a *pensar uma política de alternativas penais baseada em evidências*, é o que o Ministério Público do Distrito Federal tem feito.

A análise, a partir do cruzamento de todos os dados armazenados, de todas as informações oriundas do monitoramento feito pelo Ministério Público no acompanhamento das medidas

---

<sup>8</sup> Para maiores informações sobre a construção do SISPROWEB/MPDFT, ver: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11215/1/2012\\_AndreaVieiraSantos.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11215/1/2012_AndreaVieiraSantos.pdf). Acessado em 21 de jan. de 2015.

alternativas aplicadas no Distrito Federal certamente extrapolariam os limites estabelecidos para o presente texto. Porém, em outra oportunidade, poderão ser devidamente explorados em texto específico.

## **6 Considerações Finais**

Apresentamos neste artigo nossa reflexão sobre a possibilidade de que as respostas jurisdicionais ao crime passam pelo reconhecimento da existência de conflitos sociais diferentes entre si, somente sendo possível individualizar cada resposta a partir da adequação da prestação jurisdicional mais eficaz conforme a peculiaridade de cada conflito.

Não se pode aceitar a prisão como solução única e adequada para toda a conflituosidade caracterizada como criminosa, seja pela notória constatação de sua incapacidade de conter a criminalidade crescente, seja por que meramente retribui um mal ao infrator, despersonalizando os envolvidos no conflito e os desresponsabilizando.

De fato, a crença na prisão como solução só tende a reforçar a ideia de que rotular uma conduta ou conflito como crime e puni-lo com o encarceramento significa em última análise nosso fracasso em apresentar soluções por outros mecanismos de controle menos agressivos. Representa, ademais, a desistência de reflexão do corpo social, que se abstém de buscar respostas diferenciadas e mais adequadas a cada tipo de conflito.

Por outro lado, a ampliação dos tipos de prestação jurisdicional como respostas aos crimes traz consigo a proposta

de introduzir as alternativas penais monitoradas. Sugerimos que, para serem efetivas, essas alternativas devem buscar a implicação subjetiva do autor no processo de sua responsabilização, o que passa principalmente pela reparação do dano e reconhecimento do dano social causado.

É preciso superar a política criminal hoje reinante no tema das alternativas penais e que contribui para manutenção de armadilhas e lugares comuns que já são há tempos identificados como problemas do sistema penal tradicional, como por exemplo a ausência de acompanhamento efetivo do processo responsabilizatório, a *automação* da execução das medidas e busca pelo mera eficiência (produção de estatísticas formais), relegando as pessoas envolvidas, a responsabilização do autor e o próprio conflito a um plano secundário.

Para Azevedo (2001), é de se reconhecer os aspectos emancipatórios que se desenvolvem com a diversificação e o investimento na desburocratização da prestação jurisdicional. Entretanto, “são justamente essas características as mais facilmente relegadas quando da implementação prática das medidas informalizantes” (AZEVEDO, 2001, p. 108), pontuando ainda que a manutenção do sentido emancipatório da informalização levada a cabo com alternativas penais depende dos níveis de entusiasmo, consenso e convencimento dos operadores do direito, além da compreensão do que realmente se quer com essa forma de justiça, fazendo que eles evitem os formalismos expressos nos trajes, discurso e procedimentos, por exemplo.

É nesse contexto que se evidencia como de suma importância a pesquisa para mapeamento e monitoramento da execução da política de alternativas penais.

Verificar quais são as boas práticas que estão sendo realizadas e identificar as que eventualmente caírem no lugar comum do sistema tradicional, de cunho punitivista, procurando modos de ajustá-las a um sistema mais justo e humanizado.

O que se propõe, portanto, com o presente artigo é ampliar o debate sobre a necessidade de maior autonomia das alternativas penais, desvinculando-as de forma radical da política e da lógica que legitima o encarceramento.

Sabemos que as prisões continuarão a existir, mas se sonhamos com um futuro em que não necessitemos mais delas, urge que tenhamos espaço para a construção de alternativas penais realmente efetivas. Esse é o desejo daqueles que defendem política criminal baseada em evidências, como fruto de ação no mundo.

**Title:** Alternative Sanctions or Punitive Macropsy? The Crisis of Legitimacy of Alternative Sanctions in Brazil

**Abstract:** This article proposes an analysis of the results of the implementation of alternative sanctions in Brazil, speculating about the concretization or not of criminal policy aims, with the intended reduction of the prison population. The coauthors analyzes issues as retribution and prevention, passing through the notion of responsibility in order to check on the legitimacy of criminal alternatives. Then, the relevance of society participation and engagement of social control agents (police, judiciary and prosecutors) as essential elements in the reconstruction of the alternative sanction criminal policy are shown. Thus, althou-



gh commendable the legislative intent, there is a crisis in the system of criminal alternatives.

**Keywords:** Crime. Prison. Alternative sanctions.

## Referências

ALVES, Rubem. *Filosofia da ciência: introdução ao jogo e suas regras*. 9. ed. São Paulo: Loyola, 2000.

ARENDT, Hannah. *Da violência: crises da República*. Tradução: José Volkmann. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004. (Coleção Debates).

\_\_\_\_\_. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 47, p. 97-182, out. 2001.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATITUCCI, Eduardo Cerqueira et al. A justiça informal em linha de montagem: estudo de caso da dinâmica de atuação do JECrim de Belo Horizonte. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, maio/ago. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BRASIL. Ministério da Justiça. Grupo de Trabalho de Apoio às Alternativas Penais. *Alternativas penais: bases e ações prioritárias de uma nova política de segurança pública e justiça*. Brasília, DF, 12 ago. 2013. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B47E6462C-55C9-457C-99EC-5A46AFC02DA7%7D&params=itemID=%7B38622B1F-FD61-4264-8AD4-02215F6598F2%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 1 maio 2014.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução: Eliana Granja et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DARRIBA, Vinícius. A falta conceituada por Lacan: da coisa ao objeto a. *Ágora: estudos em teoria psicanalítica*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, jan./jun. 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-14982005000100005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982005000100005)>. Acesso em: 6 maio 2014.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução as bases criminológicas da lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Tradução e notas da primeira parte: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

OLIVEIRA, Ednaldo Ribeiro de; XAVIER, Antonio Roberto. *Penas alternativas: aspectos histórico, sociológico,*

jurídico e político-criminal. *WebArtigos.com*, 5 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/penas-alternativas-aspectos-historico-sociologico-juridico-e-politico-criminal/20850/>>. Acesso em: 1 maio 2014.

PIRES, Álvaro. Por que é tão difícil construir uma política de alternativas penais? In: CONGRESSO NACIONAL DE ALTERNATIVAS PENAIAS, 7., 2011, Brasília. *Anais...* Brasília: Ministério da Justiça, 2011. p. 22-35.

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 790, p. 459-474, ago. 2001.

\_\_\_\_\_. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

---

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

MORATO, Alessandra Campos; MIRANDA, Bruna Mello de; GARCIA FILHO, Leonardo. Alternativas penais ou macropsia punitiva? – a crise de legitimidade das penas alternativas no Brasil. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 245-280, 2014. Anual.

---

**Submissão:** 7/5/2014

**Aceite:** 1/7/2014

---

# Aspectos Controvertidos acerca do Instituto da Suspensão Condicional do Processo (Artigo 89 da Lei nº 9.099/95)

## Leonardo Longo Motta

Analista Processual do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT. Pós-Graduado em Direito Aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU. Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Pós-Graduado em Escrivania Policial pela Universidade Católica de Brasília. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

**Resumo:** O presente artigo visa a demonstrar a atual importância da suspensão condicional do processo no ordenamento jurídico brasileiro e as preocupações, doutrinárias e jurisprudenciais acerca de seus aspectos mais controvertidos. Aborda-se a visão da pena privativa de liberdade e sua real utilidade e necessidade no panorama atual, destacando o relevante papel do *sursis* processual como instrumento de realização de justiça sem privação de liberdade, sem perder sua nota fundamental de caráter ressocializador e de pacificação social, conciliando eficiência e humanidade. Além disso, discutem-se os pressupostos de cabimento, natureza jurídica e condições para aplicação da Suspensão Condicional. Por fim, discute-se a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo nos procedimentos regidos pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), no âmbito dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

**Palavras-chave:** Direito processual penal. Suspensão condicional do processo – natureza jurídica. Suspensão condicional do processo – cabimento. Suspensão condicional do processo – condições. Lei Maria da Penha.

**Sumário:** Introdução. 1 A Suspensão Condicional do Processo. 1.1 Pressupostos de Cabimento. 1.2 Natureza Jurídica: Direito Subjetivo ou Poder-Dever do *Parquet*? 1.3 Ato Bilateral e Princípio da Autonomia da Vontade. 1.4 Natureza Penal ou Processual? 2 Condições para a Suspensão Condicional do Processo. 3 Recurso da Decisão que Suspende o Processo. 4 O *Sursis* e a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006). 4.1 Da Constitucio-

nalidade e do Alcance do Artigo 41 da Lei nº 11.340/06. 4.2 Da Aplicação da Suspensão Condicional do Processo nos Procedimentos Regidos pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006). 5 Conclusão. Referências.

## Introdução

A Lei nº 9.099/95 trouxe em suas Disposições Finais, no artigo 89, o instituto da suspensão condicional do processo, com franca inspiração anglo-saxônica, que consiste em paralisação do processo, com potencialidade extintiva da punibilidade, caso as condições acordadas entre o “acusado”<sup>1</sup> e o promotor de justiça sejam cumpridas durante o período de prova.

De acordo com o artigo 89 da lei, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, “poderá” (poder-dever) propor a suspensão do processo, desde que o acusado preencha alguns requisitos legais que serão vistos adiante.

A suspensão condicional do processo diferencia-se do *sursis* – *suspensão condicional da pena* –, previsto no artigo 77 do Código Penal (1940), uma vez que neste há um processo que prossegue em seu curso ordinário, com a instrução processual e a sentença. Ao se condenar o acusado, pode-se suspender a execução da pena durante um período no qual o condenado cumpre determinadas condições. Na suspensão condicional do processo, ao contrário, não se discute culpabilidade, e não há instrução nem sentença.

---

<sup>1</sup> Alguns doutrinadores preferem fazer uso das expressões “autor do fato” e “denunciado”.

Como explica Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 563):

A questão da efetiva responsabilização penal do acusado sequer chega a ser discutida e a ele não se impõe pena, mas meras condições às quais ele próprio se dispõe a cumprir, sendo que, uma vez declarada extinta a punibilidade pelo juiz, nada constará de sua folha de antecedentes.

Apesar de tamanha importância do instituto, dada sua capacidade de desburocratização, despenalização, celeridade na resposta estatal e satisfação da vítima pela reparação dos danos causados pelo acusado, o legislador pecou por ter sido muito lacônico ao disciplinar o *sursis* processual em apenas um artigo inserido nas Disposições Finais da Lei do Juizado Especial Criminal (JECrim). Essa parece ser uma crítica quase unânime na doutrina, tanto que Ada Pelegrinni (GRINOVER et al., 2002, p. 241) assim afirma: “o legislador foi muito lacônico na sua disciplina. Cuidou de um dos mais revolucionários institutos no mundo atual em apenas um artigo (art. 89).”

Do mesmo modo, Luiz Flávio Gomes (1995, p. 124) explica que a polêmica instalada no meio forense acerca da interpretação da nova lei decorre, em parte, do laconismo do legislador.

Diante das omissões legislativas acerca da suspensão condicional do processo, coube à doutrina e à jurisprudência colmatar essa “moldura mínima”<sup>2</sup> prevista em lei. Esse artigo pretende analisar algumas intrincadas questões acerca do instituto, sendo certo que algumas divergências, mesmo depois de quase

---

<sup>2</sup> Expressão utilizada por Ada Pelegrinni.

vinete anos da edição da lei, ainda não foram solucionadas nos Tribunais Superiores, conforme veremos.

## **1 A Suspensão Condicional do Processo**

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98<sup>3</sup>, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro os Juizados Especiais Criminais, competentes para processar e julgar os delitos de menor potencial ofensivo. Assim, em obediência ao aludido comando constitucional, verdadeira norma de eficácia limitada, foi editada a Lei nº 9.099, publicada em 26 de setembro de 1995.

Com a edição da referida lei e a regulamentação do artigo 98, foi finalmente instituído no Brasil um procedimento sumariíssimo, caracterizado por uma justiça criminal consensual com o escopo de efetivar a descarcerização e despenalização, sob influência do sistema da *Common Law* (ALENCAR, 2006, p. 42).

Nos Estados Unidos da América fica claro o papel das chamadas penas alternativas, dando azo à criação de novas formas de controle formal e disciplina social impostos pelo Estado a fim de se evitar o encarceramento. Estima-se que naquele país

---

<sup>3</sup> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]

a população carcerária seja de mais de dois milhões de presos, e mais de quatro milhões de indivíduos submetidos a medidas alternativas, tais como a *probation* (suspensão do processo) ou o *parole* (livramento condicional) (WACQUANT, 2001, p. 64). Ao destacar as diferenças entre o *sursis* processual e a *probation system*, Damásio de Jesus (1995, p. 115) leciona que:

[...] na *probation* exige-se prova da culpabilidade do acusado, suspendendo-se o decreto condenatório; na suspensão condicional do processo não há apreciação judicial do mérito da acusação, sobrestando-se o feito, em regra, no pórtico da ação penal, quando do recebimento da denúncia.

Muito embora a doutrina aponte que a fonte maior de inspiração para a suspensão condicional do processo tenha sido a *probation* anglo-saxônica, com ela, todavia, não se confunde. Ao contrário do instituto brasileiro, em que não há instrução processual, no sistema penal inglês há inicialmente uma declaração de culpa e somente depois entra o momento processual adequado à *probation* na qual apenas se suspende a sentença condenatória. Concluído o período de prova sem intercorrências, tem-se o caso por encerrado sem a sentença final condenatória (GRINOVER et al., 2002, p. 240).

Muito embora o sistema da *Common Law* norte-americano tenha adotado o princípio da oportunidade puro, no Brasil, via de regra, há a adoção dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, como nos sistemas português e italiano. Nada obstante, com a influência dos institutos



despenalizadores estrangeiros, sobretudo do *plea bargaining*<sup>4</sup>, a Lei nº 9.099/95 abriu espaço para a discricionariedade regulada pela lei e submetida a controle jurisdicional, denominada discricionariedade regulada ou regrada (GRINOVER et al., 2002, p. 97).

Alguns autores advogam que a Lei nº 9.099/95 consubstancia importante via de entrada para a Justiça Restaurativa<sup>5</sup> e para o

---

<sup>4</sup> De acordo com Entralgo, citado por Grinover et al. (2002, p. 242) o *plea bargaining* norte-americano também prevê um período de prova e o cumprimento de algumas condições, contudo nele há ampla transação sobre os fatos, a qualificação jurídica e consequências penais. Pode ser extraprocessual, ao contrário do *sursis* processual, em que tudo tem de ser celebrado na presença do juiz (art. 89, § 1º), cabendo ao juiz aferir a adequação da medida (art. 89, § 2º).

<sup>5</sup> A despeito das inúmeras diferenças entre o procedimento dos juizados criminais e a justiça restaurativa levada a efeito nos demais ordenamentos jurídicos, cumpre reconhecer que o objeto da justiça restaurativa está não em aumentar o controle formal estatal e o poder punitivo, e sim o acesso à justiça de qualidade. A doutrina menciona nesse caso a cisão do sistema penal em mediação e punição, podendo, em tese, reduzir a população carcerária e oferecer resposta estatal mais acessível e viável para uma série de conflitos que ficariam marginalizados ou não encontraram “respostas satisfatórias dentro de um sistema de mão única, fechado e inflexível, consoante Leonardo Sica, citado por Pallamolla (2009, p. 151). A justiça restaurativa é uma modalidade de resposta ao crime diferente da resposta da Justiça Criminal ordinária. Atua de forma *objetiva*, considerando as causas e consequências do crime, bem como com abrangência *subjetiva*, pois inclui na solução do problema (fato-crime) não só as pessoas diretamente afetadas, mas também as indiretamente afetadas, envolvendo a comunidade. Assim, a suspensão condicional do processo teria um mesmo viés, uma vez que visa à adoção de medidas capazes de ensejar a conscientização do agressor e, ao mesmo tempo, dar pronta resposta social, com caráter restaurativo, e não apenas punitivo. (Sobre o tema, v. <<http://www.tjdft.jus.br/acesso-rapido/acoes/acesso-a-justica-e-cidadania/justica-restaurativa>>. Acesso em março de 2014).

Direito Penal Mínimo<sup>6</sup>. Para Antônio Baptista Gonçalves (2009, p. 287-304), o sistema penal brasileiro traduz a ideia equivocada de que o Direito Penal vem exercendo a função de mero aplicador desordenado de sanções, sem exercer sua função de garantidor de liberdades, funcionando os presídios como “cursinhos” do crime.

Há de se ressaltar que, apesar de sua enorme relevância no ordenamento jurídico pátrio, o instituto não é imune a críticas, pois autores afirmam que consiste apenas em apenas outra forma de ampliação do poder do Estado de punir. Nesse contexto, nos dizeres de Nilo Batista (1997, p. 145-154), a “simbólica, crescentemente perigosa e indispensável”<sup>7</sup> pena privativa de liberdade seria destinada aos “infratores perigosos”, enquanto as penas alternativas (restritivas e não privativas de liberdade) se destinariam aos “bons delinquentes”, todavia não como reles substitutas da prisão, no sentido da amenização do sofrimento, de humanização da pena, mas sim como um meio paralelo de ampliação do poder do Estado de punir.

Maria Lúcia Karam (2004, p. 34, 38 e 47), na mesma senda, adverte que a lei dos juizados especiais enriqueceu nosso ordenamento jurídico com uma “caixa de ferramentas” do

---

<sup>6</sup> Leciona Paulo Queiroz (1999, p. 23-24) que “o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito.”

<sup>7</sup> Foucault (2012, p. 218) afirma, em “Vigiar e Punir”, que “a pena privativa de liberdade é a detestável solução de que não se pode abrir mão”.

sistema penal, criando procedimentos abreviados e favorecendo a “ampliação do poder do Estado de punir”, sublinhando a autora que as sanções se ampliaram “sobre uma população de infratores, que antes não recebia punição efetiva”, propiciando ao autor do fato uma “negociação” imposta sob forma de uma “chantagem”.

Ousamos divergir das críticas dos renomados autores. Há muito, a pena privativa de liberdade não vem exercendo a contento suas funções retributiva e preventiva. A ressocialização passa ao largo de nossos presídios, que exercem função meramente expiatória. Noutro passo, a justiça criminal consensual e a justiça restaurativa vêm demonstrando que determinados crimes afetam interesses predominantemente particulares, e não ofendem sobremaneira a paz e a ordem sociais, de forma que os procedimentos abreviados permitem pronta e eficaz resposta do poder punitivo estatal, como nos delitos de dano (art. 163, *caput*, do CP), lesão corporal simples (art. 129, *caput*, do CP), apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza (art. 169, do CP), calúnia, difamação e injúria (arts. 138, 139 e 140, *caput*, do CP, respectivamente), entre outros.

Até o advento da supracitada lei, o modelo político-criminal brasileiro vigente sustentava uma vertente “paleorrepressiva”<sup>8</sup>. Hoje, ao contrário, verifica-se que o paradigma do consenso, em delitos de menor potencial ofensivo, é a via mais promissora e

---

<sup>8</sup> Expressão utilizada por Damásio de Jesus (1995, p. 3), aduzindo que as notas marcantes do nosso modelo são aumento de penas, novas tipificações e endurecimento da execução penal.

viável para a desburocratização da justiça criminal e da satisfação dos interesses das vítimas de pequenos delitos.

Dessa forma, beneficia-se toda a sociedade, uma vez que ocorre a descarcerização, a despenalização (que não se confunde com a descriminalização), a resposta estatal célere e eficaz, a reparação dos danos causados à vítima. Além disso, evita-se a prescrição de crimes que antes eram relegados a segundo plano e impede-se a estigmatização do autor do fato, bem assim possibilita-se a sua verdadeira ressocialização.

Ao contrário do afirmado por alguns autores, que asseveram que a suspensão condicional do processo se revela uma dissimulada “negociação”, imposta a quem substancialmente teme uma “chantagem”, o novo modelo consensual favorece a conciliação e não a barganha penal. Portanto, no que tange à “negociação” levada a efeito no âmbito dos juizados, nosso sistema diferencia-se do sistema norte-americano, pois os institutos do *guilty plea*<sup>9</sup> e do *plea bargaining* permitem que o acusado, respectivamente, declare-se culpado e entabule amplo acordo penal entre ele e seu acusador, que afeta a qualificação jurídica dos fatos e a pena. Em outro giro, nosso sistema permite apenas que o Ministério Público, dentro do princípio da legalidade processual e da discricionariedade regrada, apresente uma “proposta” prevista em lei, dispondo o *Parquet* da sanção penal original (privativa

---

<sup>9</sup> No *guilty plea* anglo-saxônico há uma espécie de defesa perante o juízo, em que o acusado assume o fato a ele imputado, recebendo em contrapartida um benefício, como redução da pena. Também, o *guilty plea* prescinde de processo instaurado para ocorrer (REIS; OLIVEIRA, 2011, p. 2).

de liberdade), mas sem deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos delineados pela lei (oportunidade regradada).

Consideramos que dentro desse contexto de despenalização, a suspensão condicional do processo, ou “*sursis* processual”<sup>10</sup>, vem revelando-se como dos institutos mais importantes para alcançar a imediata reação estatal e a satisfação dos interesses em conflito. Não à toa, eminentes autores a consideram como “uma das maiores revoluções no processo penal brasileiro nos últimos cinquenta anos” (GRINOVER et al., 2002, p. 44). Por esse motivo, e talvez pela ausência de amplo tratamento legal, trata-se de tema que enseja o surgimento de tantos aspectos controvertidos.

Um grande, senão o maior, instigador e reivindicador da introdução do instituto da suspensão condicional do processo foi o desembargador Weber Martins Batista, que em 1981 já apresentava proposta nesse sentido e foi a primeira pessoa que sistematizou o instituto, já em 1987 (BATISTA, 1987, p. 139-156).

A suspensão condicional do processo, certamente, deu azo ao surgimento de diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, cujo relevo e interesse acadêmico e prático nos fazem tratá-las de forma um pouco mais detalhada de agora em diante.

---

<sup>10</sup> Grinover (2002, p. 239) critica a expressão *sursis* processual, contudo a expressão é largamente utilizada pela doutrina e para fins deste trabalho considerar-se-á *sursis* processual ou *sursis* antecipado como sinônimos de suspensão condicional do processo, o que não se confunde com o *sursis* propriamente dito (suspensão condicional da execução da pena) previsto no artigo 77 do Código Penal.

## 1.1 Pressupostos de Cabimento

No que tange ao cabimento do *sursis* processual, cabem aqui algumas breves considerações. A suspensão condicional do processo aplica-se às infrações penais cuja pena mínima cominada *in abstractum* não seja superior a um ano, sendo irrelevante que haja previsão cumulativa de pena de multa e também irrelevante a espécie de pena privativa de liberdade prevista para a infração penal (se reclusão ou detenção).

A suspensão condicional do processo é incabível em crimes de competência da Justiça Militar, por força da vedação expressa contida no art. 90-A da Lei nº 9.099/95<sup>11</sup>, todavia pode incidir não só em crimes previstos no Código Penal, mas também em leis especiais, tais como crimes de competência da Justiça Federal, da Justiça Eleitoral, bem como nos delitos de competência originária dos tribunais. Ademais, não há qualquer problema no oferecimento da proposta de suspensão quando já estiver em curso a ação penal, desde que já não esteja sentenciada.

A previsão de rito especial para apuração de determinada infração penal não retira a possibilidade do *sursis* antecipado. Em alguns crimes de competência do Júri, por exemplo, mostra-se plenamente cabível a suspensão, como nos crimes de autoaborto e consentimento para o aborto (art. 124 do CP), em que a pena mínima é de um ano. Nesse caso, não há violação do dispositivo constitucional que atribui competência ao Júri para julgar os

---

<sup>11</sup> Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

crimes dolosos contra a vida, pois, na suspensão condicional do processo inexistente análise do mérito da acusação. Assim, se houver revogação do benefício, o andamento da ação será retomado e o julgamento será feito pelo tribunal popular (GONÇALVES; REIS, 2012, p. 564).

No caso de concurso de crimes (material ou formal), deve-se atentar para a existência de entendimento sumulado. A Súmula nº 243 do Superior Tribunal de Justiça assim disciplina:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 ano. (BRASIL, 2001).

Já a Súmula nº 723 do Supremo Tribunal Federal diz que: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de 1/6 for superior a 1 ano” (BRASIL, 2003b).

O reconhecimento de agravante genérica não impede o benefício do *sursis*, porque não tem o condão de alterar a pena-base em abstrato. Por outro lado, deve ser levada em consideração a existência de causas obrigatórias de aumento ou de diminuição de pena. Como exemplos, temos que o reconhecimento de um furto noturno (art. 155, § 1º, do CP) torna inaplicável o instituto ao delito de furto. Da mesma forma, também é possível a aplicação do benefício na tentativa de furto qualificado, haja vista que a pena mínima prevista para o furto qualificado é de dois anos, mas,

em caso de tentativa, em que a redução máxima é de 2/3, tornar-se-á cabível a suspensão condicional do processo (GONÇALVES; REIS, 2012, p. 565).

Além do requisito temporal (pena mínima abstrata igual ou inferior a um ano), o art. 89 impõe como requisitos para o *sursis* antecipado que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime<sup>12</sup>, bem como que estejam preenchidos os demais requisitos exigidos para a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP)<sup>13</sup>.

Dessa forma, no que concerne aos requisitos do benefício do *sursis* deve-se ressaltar que são distintos dos requisitos previstos para transação penal, de maneira que há casos em que se poderá vislumbrar que estejam presentes os do *sursis* e não os da transação, quando então somente caberá ao promotor fazer a proposta da suspensão. Assim, se o autor do fato já foi beneficiado nos cinco anos anteriores por outra transação penal, não será cabível nova transação penal, consoante art. 76, § 2º, II, da Lei nº 9.099/95, não obstante seja cabível a proposta de suspensão condicional do processo.

---

<sup>12</sup> Não obsta se a condenação anterior resultou exclusivamente a pena de multa (STJ, RHC 7878-RJ).

<sup>13</sup> De acordo com a Quinta Turma do STJ: “para a concessão do *sursis* processual, necessária a presença de certos requisitos subjetivos, dentre eles, que o acusado não esteja sendo processado criminalmente nem tenha sofrido condenação penal, salientando-se que *tal exigência não ofende o princípio constitucional da inocência*” (REsp 1096585/RS, rel. ministro Jorge Mussi, 5ª T., julgado em 29/9/2009, DJe 30/11/2009). O STF já reconheceu que outro processo em andamento impede a suspensão (STF, HC 73.793-5).



## 1.2 Natureza Jurídica: Direito Subjetivo ou Poder-Dever do *Parquet*?

Weber Martins Batista (1998, p. 1) afirma categoricamente que “um dos temas mais fascinantes da suspensão condicional do processo diz respeito à natureza jurídica do instituto, pois é com base nela que se pode estabelecer a quem cabe a iniciativa de formulá-la”.

A suspensão condicional do processo surgiu como um meio de solução rápida de conflitos penais advindos da prática de infrações penais de médio potencial ofensivo, ou seja, aqueles em que a pena mínima cominada é igual ou inferior a um ano, mesmo que, para esses crimes, a lei comine pena máxima superior a dois anos. Como exemplos, temos os crimes de furto, estelionato e receptação simples.

O escopo da Lei dos Juizados Especiais Criminais (JECrim) é tentar ao máximo o consenso, o acordo, a reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade (cf. art. 61 da Lei do JECrim). Assim, diz a doutrina que a Lei nº 9.099/95 excepcionou o princípio da indisponibilidade. O Ministério Público, ao propor a suspensão, paralisa a instância com conseqüente extinção da punibilidade, caso aceita pelo acusado e homologada pelo juiz. Diz-se que há uma oportunidade regrada, ou discricionariedade regulada ou controlada, pois o MP dispõe da *persecutio criminis* para propor alguma medida alternativa (GRINOVER et al., 2002, p. 247).

Nesse passo, deve-se gizar que o objetivo visado pelo legislador nas infrações penais de menor e médio potencial ofensivo não é a punição, mas, sim, a oportunidade dada ao acusado de se reintegrar, desde já, ao convívio social, porquanto a suspensão condicional do processo é um “instituto despenalizador indireto” (RANGEL, 2011, p. 334), assim denominado, pois o Ministério Público dispõe da via persecutória normal, e extingue-se a pretensão punitiva estatal sem a persecução penal em juízo. Eis o artigo 89 da Lei:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). (BRASIL, 1995).

Diz o artigo acima transcrito que o Ministério Público *poderá* propor o *sursis* processual. O verbo “poder” ensejou diversas discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica da suspensão condicional do processo. Com efeito, defensores de uma primeira corrente aduzem que o verbo poder traduz que a suspensão condicional do processo não constitui um direito subjetivo do autor do fato, constituindo mera faculdade ou juízo de conveniência e oportunidade do *Parquet*, ou seja, “verdadeiro mecanismo jurisdicional ínsito na discricionariedade

regrada do acusador público, emanada do ordenamento jurídico” (OLIVEIRA, 1995, p. 76).

No polo inverso, considera-se que o *sursis* processual consiste em um direito público subjetivo do autor, de sorte que, preenchidas as condições legais<sup>14</sup>, trata-se de um direito do acusado, não configurando sua proposição uma faculdade do Ministério Público.

Com efeito, na suspensão condicional do processo, o Ministério Público dispõe da ação penal pública por meio da previsão legislativa do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, que estipulou uma via alternativa à pretensão acusatória. Daí por que se denomina discricionariedade regrada, porquanto a disponibilidade da ação pública é sempre movida pelo princípio da legalidade. É a lei, exclusivamente, que diz as hipóteses de cabimento da suspensão condicional do processo, já que não adotamos o princípio da oportunidade puro como no sistema anglo-saxão.

Portanto, preenchidos os requisitos legais deverá ser feita a proposta de suspensão condicional do processo, sob pena de, havendo recusa do promotor de justiça, ser aplicado analogicamente o disposto no art. 28 do Código de Processo

---

<sup>14</sup> Relembremos que os pressupostos para a concessão da medida são: crime punido com pena mínima de até um ano; autor do fato não processado ou condenado por outro crime; presença dos demais requisitos previstos no artigo 77 do Código Penal. Presentes os aludidos requisitos o processo poderá ser suspenso por dois a quatro anos, dando-se início ao período de prova.

Penal (CPP)<sup>15</sup>. Nesse sentido é o verbete nº 696 da súmula da jurisprudência dominante do STF:

[...] Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP<sup>16</sup> (BRASIL, 2003a).

Nessa esteira, o Enunciado nº 86 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (Fonaje) (2007) – que substituiu o Enunciado 6 – aduz que: “Em caso de não oferecimento de proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, aplica-se, por analogia, o disposto no art. 28 do CPP (XXI Encontro – Vitória/ES)”.

---

<sup>15</sup> O acusado que não está sendo processado nem tenha sido condenado por outro processo, e contra o qual não militam as circunstâncias judiciais, em princípio, tem direito aos benefícios e à medida despenalizadora previstos nos artigos 74 e 89 da Lei nº 9.099/95. 2. Negados os benefícios pelo julgador singular, com fundamento em juízo de meras possibilidades e conjecturas não provadas nos autos, tem o paciente direito de ver a matéria reexaminada pelo procurador-geral do Ministério Público, como disciplina a Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal. (Acórdão nº 200120, 20040160003811DVJ, relator: João Batista Teixeira, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 22/9/2004, Publicado no DJU Seção 3: 1º/10/2004, pág. 206). V. Enunciado 86 do Fonaje.

<sup>16</sup> Recentemente assim decidiu a Quinta Turma do STJ: “Embora o órgão ministerial, na qualidade de titular da ação penal pública, seja ordinariamente legitimado a propor a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, os fundamentos da recusa da proposta podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário”. (STJ. Quinta Turma. HC 131.108/RJ. rel. min. Jorge Mussi. Publicado no DJ de 4/3/2013).

Aury Lopes Júnior (2012, p. 987) entende de maneira diversa, afirmando que:

[...] essa é uma solução excessivamente burocrática e fora da realidade diuturna dos foros brasileiros. Ademais, atribui a última palavra ao próprio Ministério Público, retirando a eficácia do direito subjetivo do acusado. Dessarte, presentes os pressupostos legais e insistindo o Ministério Público na recusa em oferecer a suspensão condicional, pensamos que a melhor solução é permitir que o juiz o faça, acolhendo o pedido do imputado, concedendo o direito postulado. Novamente afirmamos que o fato de atribuir-se ao juiz esse poder em nada viola o modelo constitucional-acusatório por nós defendido.

Ressalte-se que o Ministério Público é, em princípio, o único legitimado ao oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo, sendo inadmissível, diante do princípio do acusatório, que o juiz a conceda de ofício<sup>17</sup>. Concedendo o juiz de ofício, cabe em favor do Ministério Público correição parcial, a fim de reclamar para si a legitimidade da proposta de suspensão<sup>18</sup>. A exceção ocorre no caso de ação penal privada, na qual compete ao querelante a legitimidade para oferecer a proposta<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> “Não cabe ao Juiz, que não é titular da ação penal, substituir-se ao *Parquet* para formular proposta de suspensão condicional do processo. A eventual divergência sobre o não oferecimento da proposta resolve-se à luz do mecanismo estabelecido no art. 28 c/c o art. 3º do CPP. Precedentes do STF e desta Corte. Recurso conhecido e provido (STJ. REsp 181158 / SP. rel. min. José Arnaldo da Fonseca. Publicado no DJU dia 14/6/1999, p. 218).

<sup>18</sup> CP nº 1.024.259, TACrimSP, rel. Lourenço Filho, rolo-flash 1061/379.

<sup>19</sup> V. Informativo 262 do STJ, HC 81.720-SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 26/3/2002.

A redação do artigo 89 da Lei do JECrim que diz que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, “poderá” propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos. A natureza obrigatória do *sursis* já se pacificou na doutrina, apesar da locução verbal “poderá propor” que a lei usou. “Ao juiz cabe verificar se as condições foram preenchidas, não podendo, em caso positivo, recusar a concessão” (BRASIL, 1995).

Reconhece a jurisprudência que a ausência de manifestação do *Parquet* acerca da possibilidade de concessão do *sursis* processual configura causa de nulidade, porquanto ocorre constrangimento ilegal no ato de recebimento da denúncia em obliúvio ao direito do autor do fato que faz jus, em tese, à suspensão<sup>20</sup>. Assim, o Ministério Público tem o dever de, obrigatoriamente, manifestar-se quanto à suspensão, propondo ou justificando o seu não oferecimento<sup>21</sup>.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência no sentido de que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do réu, mas mera faculdade do órgão da acusação:

Pacificou-se neste Tribunal o entendimento de que o *sursis* processual não configura um direito subjetivo do acusado, mas uma prerrogativa exclusiva do Ministério Público, que tem a

---

<sup>20</sup> V. STJ, HC 12.785-RJ, rel. Edson Vidigal, DJU 11.12.2000, p. 221; STJ, REsp 231.952-SP, rel. José Arnaldoda Fonseca, julg. 4.9.2001, DJU de 22/10/2001, p. 345.

<sup>21</sup> STJ, HC 6.691-SP, rel. min. Edson Vidigal, DJU de 11/5/1998, p. 134.

atribuição de propor ou não a suspensão do processo, desde que o faça fundamentadamente.<sup>22</sup>

Segundo o posicionamento sufragado pelo STF, a proposta de *sursis* não consiste em direito subjetivo, pois “a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, a qual a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I).”<sup>23</sup>

Em setembro de 2012, no HC 218.785/PA, a Quinta Turma do STJ reiterou seu entendimento, afirmando:

*A suspensão condicional do processo não é direito público subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação ou não do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada.*<sup>24</sup>

Entretanto, em decisão ainda mais recente, proferida em dezembro de 2012, conforme noticiado no Informativo nº 513, a

---

<sup>22</sup> HC 18.003/RS, rel. ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 24/11/2004, DJe de 25/5/2009. No mesmo sentido, REsp 318.745/MG - STJ, DJ 24/3/2003.

<sup>23</sup> HC 101369, Relator: min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 25/10/2011, acórdão eletrônico DJe-225, divulgação em 25/11/2011, publicação em 28/11/2011.

<sup>24</sup> HC 218.785/PA, rel. ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012. No mesmo sentido: “A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal).” (APn. 634/RJ, rel. ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 21/3/2012, DJe de 3/4/2012.)

mesma Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento, afirmando que “a suspensão condicional do processo representa um direito subjetivo do acusado na hipótese em que atendidos os requisitos previstos no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.”<sup>25</sup>

A despeito da divergência, não temos dúvida de que Ministério Público não pode agir soberanamente, não são seus critérios particulares que nortearão sua atuação diante da proposta de suspensão (*facultas agendi*). Como defensor da ordem jurídica (art. 129 da CF), além de poder, deve formular a proposta de *sursis* processual, quando preenchidos os critérios eleitos pelo legislador para que o acusado faça jus ao benefício, quais sejam:

Objetivos: a) recebimento da denúncia<sup>26</sup>; b) não estar sendo processado por outro crime; c) não ter sido condenado por outro crime.

Subjetivos: que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias da infração demonstrem que o benefício é suficiente.

Superada tal premissa, temos o posicionamento que certamente o *sursis* antecipado traduz verdadeiro poder-dever do *Parquet*, contudo, o Ministério Público *deve* apresentar

---

<sup>25</sup> HC 131.108-RJ, rel. min. Jorge Mussi, julgado em 18/12/2012.

<sup>26</sup> STF. Inq. 3198, relator min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14/6/2012, acórdão eletrônico DJe-164, data de divulgação: 20/8/2012, publicação: 21/8/2012.



elementos concretos idôneos para motivar a negativa de suspensão condicional do processo<sup>27</sup>.

Questão deveras interessante é saber se o promotor de justiça, por análise equivocada nos requisitos para a transação penal, entenda que o autor do fato não faça jus ao benefício, porém denuncie o autor do fato e lhe proponha o *sursis* processual. Nesse caso, o denunciado, comprovando ter preenchidos os requisitos para a transação penal, terá direito subjetivo à transação em detrimento à suspensão condicional do processo? Entendemos que sim. Fato é que a transação penal revela-se mais vantajosa e, portanto, o defensor do denunciado deve pugnar ao juiz que a transação seja oferecida pelo promotor ao réu.

---

<sup>27</sup> Nessa senda é a recente jurisprudência do STF: recurso ordinário em habeas corpus constitucional. Imputação do delito previsto no art. 299 do Código Penal. Suspensão condicional do processo. Poder-dever do Ministério Público e não direito subjetivo do réu. Fundamentação idônea para a não suspensão. 1. A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do réu. Precedentes. Foram apresentados elementos concretos idôneos para motivar a negativa de suspensão condicional do processo. 2. Recurso ao qual se nega provimento. (STF – RHC: 115997 PA, relator min. Carmen Lúcia, Data de julgamento: 12/11/2013, Segunda Turma, data de publicação no DJe-228: 20/11/2013, divulgação: 19/11/2013). Também nesse sentido é a doutrina de Luiz Flávio Gomes (Suspensão condicional do processo. São Paulo: RT, 1995, p. 169), para o qual o juiz não pode tomar a iniciativa da suspensão condicional do processo. Ou seja, não pode agir de ofício. Quem detém a legitimidade ativa é o Ministério Público, mas adverte que o art. 89 confere ao promotor de Justiça um poder-dever que reclama manifestação positiva, no sentido da proposta, sempre que presentes os requisitos legais. E sustenta que, em caso de negativa ministerial, cabe ao acusado requerer a suspensão, que será deferida ou não pelo magistrado. Ainda assim, afirma o autor que tal deve se dar apenas como exceção à natureza bilateral da suspensão.

Em primeiro lugar, a transação penal é mais benéfica do que a suspensão condicional do processo, porquanto naquela não há sequer propositura de ação penal contra o acusado. Ou seja, quando a transação penal é proposta, não há sequer processo, sendo via de regra apresentada pelo MP antes de ofertada a denúncia<sup>28</sup>.

Além disso, a suspensão condicional do processo, terminado o período de prova, acarreta a extinção da punibilidade e permite que conste em folha penal daquele ex-sursisando, nada obstante se tratar de sentença meramente declaratória (RANGEL, 2011, p. 691). Com a transação penal, o réu beneficia-se porque, a par de também não discutir culpa, não registra antecedentes criminais, sai do Juizado como inocente e apenas tem restrição de direitos (prestação de serviços) ou paga pena de multa. Se continuar com o *sursis* processual, pode ter a revogação do benefício e continuar a responder o processo com, eventual e possível, condenação. Entretanto, em se tratando de transação penal, pode o autor do fato não aceitar e preferir permanecer com o *sursis* processual, até porque o ato é personalíssimo, ou seja, é ele, autor do fato, quem vai (ou não) cumprir com o acordado. Portanto, quem decide o que é mais benéfico, naquele momento, é o próprio réu. Não obstante o instituto da transação penal ser mais benéfico, não se pode obrigar o acusado a aceitá-lo. Trata-se do princípio da autonomia da vontade. O que não pode acontecer é o Estado

---

<sup>28</sup> STJ – HC: 82258 RJ 2007/0098986-5, relator: ministro Jorge Mussi, data de julgamento: 1º/6/2010, Quinta Turma, data de publicação no DJe: 23/8/2010.

deixar de fazer a proposta ao acusado. Contudo, uma vez feita, ele decide (RANGEL, 2011, p. 533).

Portanto, a jurisprudência reconhece que não se pode levar a cabo a suspensão do processo sem que se discuta a transação penal, quando esta é cabível<sup>29</sup>.

### 1.3 Ato Bilateral e Princípio da Autonomia da Vontade

A suspensão condicional do processo é um ato bilateral, cuja proposta do Ministério Público não prescinde de aceitação por parte do autor do fato (acusado), conforme redação do art. 89, §1º:

Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – proibição de frequentar determinados lugares; III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Dispõe o § 2º: O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. (BRASIL, 1995).

Em termos processuais, o momento adequado para proposta do *sursis* antecipado é o do oferecimento da denúncia, podendo o promotor, já na própria cota, estipular as condições a que se submeterá o *sursis*ando. O Pleno do STF já decidiu que a denúncia

---

<sup>29</sup> TACrimSP, AC 1226665-6, rel. Luiz Soares de Mello, rolo/flash 1360/152, data de julgamento: 9/10/2000.

deve antes ser recebida para depois ser oferecida ao acusado a proposta de *sursis* processual. Depois de recebida a denúncia, segundo aquela Corte, deve o acusado ser citado para comparecer à audiência na qual será ofertada a proposta de *sursis* processual<sup>30</sup>.

O acusado, ao aceitar, entra em período de prova sem que sua culpabilidade seja discutida<sup>31</sup>. Há a paralisação do processo e, transcorrido o período de prova com cumprimento das condições acordadas, haverá a extinção da punibilidade, com o consequente desaparecimento da pretensão punitiva estatal.

Assim, há uma bilateralidade na suspensão processual, pois nada impede que as condições sejam conversadas entre acusado e Ministério Público. Nesse sentido, pode haver uma contraproposta

---

<sup>30</sup> Pet 3898/DF, rel. min. Gilmar Mendes, 27.8.2009. Noticiado no Informativo nº 557 do STF. No mesmo sentido o STJ: “A formalização da suspensão condicional do processo pressupõe o recebimento da denúncia. É nesta etapa que o magistrado examina se a peça acusatória preenche ou não os requisitos normativos para seu adequado processamento. Com isso, permite-se que a proposta de suspensão condicional do processo seja realizada em um cenário de reconhecida legalidade, e evita-se que o acusado venha a aceitar o benefício em casos de inépcia ou de ausência de justa causa para processamento do feito. Reverência ao *due process of law*.” (RHC 35.724/BA, rel. ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 24/9/2013, DJe 2/10/2013).

<sup>31</sup> Trata-se de ato de autonomia da vontade do acusado aceitar ou não o *sursis* processual. Aceitar ou não a suspensão passa a ser estratégia de defesa, por isso a lei exige que acusado e defensor se manifestem. Prevalece a vontade do acusado sempre que houver divergência entre ele e seu defensor (TRF 3ª Região – RCCR: 45863 SP 97.03.045863-7, relator: juiz Arice Amaral, Data de Julgamento: 14/3/2000, data de publicação: 21/6/2000, pág. 495).

do acusado, e tanto ele quanto o Ministério Público devem ceder. Há o que a doutrina denomina de *conformidade bilateral*, sendo a conformidade processual, no *sursis* processual brasileiro, aquele ato que reflete imediatamente no processo, distinto do que ocorre, v. g., na Espanha, em que há uma conformidade unilateral, caso em que o acusado não tem alternativa: ou concorda com a proposta que o promotor entende justa ou então aceita o prosseguimento do processo criminal (GOMES, 1997, p. 84).

Além disso, como explica Grinover et al. (2002, p. 244), a bilateralidade é material e não apenas formal, cada um – MP e acusado – cede uma parcela de seu direito. Não funciona a regra do “ou tudo ou nada” para o acusado, não se confunde tampouco com uma “chantagem”, como aduz Maria Lúcia Karam (2004, p. 38), pois há alternativas ao acusado. O instituto funda-se na autonomia da vontade do acusado. Sem sua aceitação não existe suspensão (art. 89, § 1º). Insta ressaltar que a bilateralidade na suspensão não se confunde com “consensualidade bilateral”, pois as condições da suspensão não podem ser estabelecidas pelas partes, já que estabelecidas em lei (GOMES, 1995, p. 125).

#### 1.4 Natureza Penal ou Processual?

A suspensão condicional do processo tem características do *nolo contendere* aplicado no direito anglo-saxão, em que o acusado de um crime, no lugar de declarar-se culpado (*guilty plea*), deixa de contestar a acusação (*nolo contendere* ou *no contest*), visando assim a evitar outro processo em que a vítima

do crime venha a pleitear alguma indenização (v. g. acidente de trânsito com vítima)<sup>32</sup>.

Porém, diferencia-se o *sursis* processual daquele instituto estrangeiro, pois uma das condições da suspensão condicional do processo é a reparação dos danos causados à vítima (art. 89 § 1º, I, da Lei do JECrim).

Trata-se, assim, de um instituto de natureza primordialmente processual, evidenciada a suspensão da ação em andamento. Por outro lado, tem o condão de gerar reflexo no direito material e extinguir a punibilidade sem discutir a culpabilidade do sursisando, revelando seu inegável caráter penal-material.

Há, portanto, uma natureza híbrida. Trata-se, segundo a doutrina, de espécie de direito premial de natureza mista (processual ou penal): é um instituto primordialmente processual, porque implica o sobrestamento do feito, mas premia-se o acusado com a cessação da punibilidade caso aceite cumprir (e cumpra) algumas condições, durante certo período, sem discutir sua culpabilidade (GRINOVER et al., 2002, p. 245).

## 2 Condições para a Suspensão Condicional do Processo

O elenco das condições da suspensão condicional do processo encontra-se no art. 89, § 1º da Lei nº 9.099/95. Nesses termos, o juiz pode suspender o processo, submetendo o autor do fato ao período de prova sob as seguintes condições previstas na referida norma:

---

<sup>32</sup> Cornell University Law School – Legal Information Institute. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/wex/>>.

- I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo<sup>33</sup>;
- II – proibição de frequentar determinados lugares;
- III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
- IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

O § 2º dispõe que o “juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”. Inicialmente, a jurisprudência passou a vindicar que o Ministério Público não poderia condicionar a suspensão a outras condições além das especificadas na lei <sup>34</sup>.

Diante da redação do dispositivo, surgiu a seguinte questão controversa: como condição facultativa, pode ser imposta uma sanção não privativa de liberdade, à semelhança da transação penal? Em outras palavras, existe a possibilidade de impor a prestação de serviços comunitários ou prestação pecuniária como condição de suspensão do processo, não previstos no § 1º do artigo 89 da Lei do JECrim?

Sobre o tema, parece haver uma atual divergência doutrinária, bem como entre ambas as Turmas Criminais do STJ.

Eugênio Pacelli Oliveira (2011, p. 692) não admite a aplicação de outras sanções não previstas no § 1º como condição para o *sursis*. Na embasada opinião do ilustre autor:

---

<sup>33</sup> Frise-se que a reparação do dano não é condição à concessão da suspensão, senão condição da extinção da punibilidade.

<sup>34</sup> Apelação nº 1.002.581, TACrimSP, rel. Walter Swensson, rolo-flash 1082/332.

Em relação às condições impostas para a suspensão condicional do processo, impende observar que, ao contrário do que vem ocorrendo, não será possível a imposição de sanções pecuniárias, como é o caso típico das cestas básicas, com fundamento exatamente nesse dispositivo. As restrições de direito cabíveis, a exemplo daquelas alinhadas nos incs. II, III e IV do § 1º, dizem respeito a regras de comportamento pessoal do acusado. A única hipótese em que poderá ocorrer imposição de ônus pecuniário encontra-se expressamente prevista em lei, como é o caso do inc. I do mesmo § 1º, com a obrigação de reparar o dano.

A Sexta Turma do STJ, em decisão publicada em 6 de junho de 2013, sufraga o mesmo entendimento esposado pelo eminente doutrinador mineiro, vejamos:

A prestação pecuniária ou de serviços à comunidade por corporificar pena depende de previsão legal para sujeitar alguém ao seu cumprimento. Desta forma, é inviável, à míngua de comando respectivo, impor, como condição da suspensão do processo, nos moldes do art. 89 da Lei 9.099/95, prestação pecuniária. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1285740/RS, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28/5/2013, DJe 6/6/2013).

Para essa primeira corrente, o *sursis* antecipado demonstra-se incompatível com a imposição de prestação pecuniária (e perda de bens e valores) ou prestação de serviços comunitários, pois estes são considerados sanção penal, por estarem incluídos no rol do art. 43 do Código Penal, nos incisos I e IV, respectivamente<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – (VETADO).

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; [...]



Dessa forma, argumentam os defensores dessa corrente que seria inconstitucional condicionar a suspensão com tais sanções sem instrução criminal, já que equivaleria ao cumprimento de pena criminal sem a respectiva condenação obtida sob o signo do contraditório e da ampla defesa.

No mesmo sentido: “é inadmissível a fixação de prestação de serviços à comunidade ou de prestação pecuniária, que têm caráter de sanção penal, como condição para a suspensão condicional do processo” (AgRg no HC nº 232.793/BA, rel. min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 1º/2/2013)<sup>36</sup>.

Em sentido diametralmente oposto, a Quinta Turma do STJ vem admitindo a imposição de pagamento de cesta básica ou de qualquer pena restritiva de direitos como condição para o *sursis* antecipado. Confira-se:

É pacífico o entendimento da Quinta Turma desta Corte no sentido de que é cabível a imposição de prestação de serviços à comunidade ou de prestação pecuniária como condição especial para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo, desde que estas se mostrem adequadas ao caso concreto, observando-se os princípios da adequação e da proporcionalidade. (RHC 31.283/ES, rel. ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012).<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Há diversas decisões da Sexta Turma do STJ no mesmo sentido: HC 234.917/BA, rel. ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 12/3/2013, DJe 19/3/2013; HC 245.972/BA, rel. ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 11/9/2012, DJe 24/9/2012; HC 222.026/BA, rel. ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/3/2012, DJe 9/4/2012.

<sup>37</sup> No mesmo sentido: AgRg no RHC 33.019/PR, rel. ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 25/10/2012;

Em decisão ainda mais recente, publicada em 25 de fevereiro de 2013, a Quinta Turma decidiu que:

A imposição de prestação pecuniária - *in casu*, a doação de R\$ 620,00 à Conta Única Remunerada das Penas Alternativas da comarca de origem - como condição para a concessão do *sursis* processual tem amparo no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/95, em que se faculta ao juiz a especificação de outras condições, além das enumeradas na lei, desde que proporcionais ao fato e compatíveis com a situação pessoal do acusado. (RHC 34.332/RS, rel. ministra Marilza Maynard (desembargadora convocada co TJ/SE), Quinta Turma, julgado em 19/2/2013, DJe 25/2/2013).

A despeito da divergência entre as Turmas criminais do STJ, o STF possui precedentes admitindo a imposição condicional do *sursis*, de feito que o ministro Gilmar Mendes, relator do HC 108.103, proferiu o seguinte voto favorável, afirmando que:

[...] não há de se falar de ofensa ao princípio da presunção de inocência, porquanto não se trata de pena, mas de condição inerente ao instituto, diferenciando-se quantitativa e qualitativamente. Impende destacar que o benefício da suspensão processual é condicional, sendo intuitivo, portanto, impor determinada restrição ou ônus ao acusado. E, com efeito, a coincidência ou similaridade entre a condição e penas legalmente previstas, por si só, não invalida o ato.<sup>38</sup>

---

HC 228.405/BA, rel. ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 16/2/2012, DJe 28/2/2012).

<sup>38</sup> Eis a Ementa: “Habeas Corpus. 2. Suspensão condicional do processo. Art. 89, § 2º, da Lei 9.099/1995. 3. *Condições facultativas impostas pelo juiz. Prestação pecuniária. Possibilidade.* 4. Precedente: INQ. 2721, rel. min. Joaquim Barbosa, Pleno, decisão unânime, DJe 29/10/2009. 5. Ordem denegada”. (HC 108103, relator: min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 8/11/2011, DJe-231, divulgação em 5/12/2011, publicação em 6/12/2011).

Verifica-se que ambas as Turmas do STF vêm defendendo o entendimento de que é plenamente possível a imposição de condição não privativa de liberdade para fins de suspensão condicional do processo, com fulcro no § 2º do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, ficando sujeita ao prudente arbítrio do juiz. A Corte ressalva, contudo, que a prestação pecuniária ou a prestação de serviços deve revelar-se adequada ao fato concreto e à situação pessoal do autor do fato, bem como fixadas em patamares distintos da pena decorrente de eventual condenação<sup>39</sup>.

Consideramos que, a despeito dos respeitáveis argumentos contrários à aplicação de condições não privativas de liberdade, cremos que não há nenhum óbice à utilização das condições previstas no artigo 43 do Código Penal, sendo possível a utilização da prestação de serviços comunitários, da interdição de direitos, da prestação pecuniária ou da limitação de fim de semana. Grinover *et al.* (2002, p. 306-307) consideram que tais medidas possuem cariz preventivo. Demais disso, não têm caráter de pena, pois tais condições, caso descumpridas, implicariam tão somente a continuidade da marcha processual.

Há, portanto, diversos argumentos favoráveis, haja vista que a suspensão condicional, em nenhum caso, será viável sem que ocorra a clara e inequívoca aceitação do acusado (ato

---

<sup>39</sup> Nesse sentido: HC 115.721, relator: min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 18/6/2013, DJe-125, divulgação em 28/6/2013, publicação em 1º/7/2013); e HC 108.914, relatora: min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 29/5/2012, DJe-150, divulgação em 31/7/2012, publicação em 1º/8/2012, RT, v. 101, n. 926, 2012, p. 757-764).

bilateral, personalíssimo e formal)<sup>40</sup>. O autor do fato, caso não seja advogado, deverá ser obrigatoriamente assistido por um, disso advém mais segurança ao ato voluntário solene de aceitação da proposta oferecida pelo promotor de justiça. Insta ressaltar que, no caso de divergência entre o autor do fato e seu defensor, prevalece o entendimento de que deverá prevalecer a vontade daquele<sup>41</sup>.

### 3 Recurso da Decisão que Suspende o Processo

A decisão judicial que homologa o acordo firmado entre o promotor de justiça e o acusado não tem o condão encerrar o processo, de julgar o mérito da causa penal. Isso porque o juiz não condena e não absolve o acusado. Dessa forma, trata-se, segundo a doutrina majoritária, de uma decisão interlocutória atípica, não prevista no rol do artigo 581 do Código de Processo Penal.

Em razão da ausência de previsão legal, discute-se qual seria a decisão cabível da aludida decisão homologatória. Há quatro posições principais a respeito: (1) não cabe qualquer recurso; (2) cabe recurso em sentido estrito, por analogia à suspensão condicional da pena; (3) cabe apelação; (4) cabe correição parcial.

---

<sup>40</sup> É nula a solenidade judicial sem a presença do autor do fato (STF, HC 75.924-5, rel. min. Marco Aurélio, DJU de 15/5/98, p. 44).

<sup>41</sup> Art. 89, § 7º: Se o *acusado* não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

De acordo com a doutrina de Fernando da Costa Tourinho Neto (2002, p. 755), da decisão do juiz no presente caso, em que homologou o “acordo”, determinando a suspensão do processo, cabe apelação, no prazo de dez dias, pois consoante o autor “se trata de uma decisão com força definitiva, extinguindo-se o processo, sob condição resolutória”.

Para Ada Pellegrini Grinover *et al.* (2002, p. 132), o rol do artigo 581 do CPP é taxativo, e como a decisão que defere a suspensão não está inserida no rol, e trata-se de uma “decisão com força de definitiva”, o recurso correto é a apelação. Igualmente a Sexta Turma do STJ tem decisões que asseveram caber apelação e não RSE. Vejamos: “Tendo natureza de interlocutória mista com força de definitiva (não terminativa), a decisão que suspende o processo, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, impugnável é, por via de recurso de apelação (artigo 593, inciso II, do Código de Processo Penal)”<sup>42</sup>.

A Quinta Turma do STJ tem reiterado julgados de que contra decisão que concede, nega ou revoga suspensão condicional do processo cabe recurso em sentido estrito (RSE), com base no disposto no artigo 581, inciso XVI, aplicado analogicamente<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> HC 16.377/SP, rel. ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 20/9/2001, DJ 4/2/2002, p. 561.

<sup>43</sup> REsp 601924/PR, Quinta Turma, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 7/11/05; REsp 296343/MG, Quinta Turma, rel. min. Gilson Dipp, DJ de 16/9/02; REsp 263544/CE; RMS 23.516/RJ, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, unânime, DJe de 3/3/2008.

Há, outrossim, entendimentos de que caberia correção parcial<sup>44</sup> (TRF4 5005767-62.2012.404.0000, Sétima Turma, relator para Acórdão Luiz Carlos Canalli, D. E. 10/5/2012; RSE 1037063, TACrimSP, rel. Teixeira de Freitas, rolo-flash 1077/173) ou mandado de segurança, dependendo do caso<sup>45</sup>.

No caso de indeferimento injustificado da suspensão pelo juiz, Ada Pelegrinni *et al.* (2002, p. 318) entendem ser o *habeas corpus* a única via de impugnação cabível.

Inegavelmente, a matéria está longe de ser pacificada, e a dúvida quanto ao recurso cabível é objetiva. Dessa feita, em virtude da ausência da expressa previsão recursal na lei, não se verifica erro grosseiro a interposição de um recurso por outro, de sorte que se deve reconhecer a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Conforme lecionam Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 752), a correção parcial “não visa reexaminar matéria decidida em dado processo, mas colima a aplicação de sanção disciplinar, com cunho preponderantemente administrativo”.

<sup>45</sup> Para Fernando Capez (2012, p. 624) a decisão é irrecorrível. Em havendo ofensa a direito líquido e certo, como, por exemplo, no caso de o juiz fixar ex officio o benefício, procedendo ao acordo contra a vontade de uma das partes ou de serem impostas condições claramente atentatórias à dignidade humana, poderá ser impetrado mandado de segurança (pelo MP) ou habeas corpus (condições abusivas), dependendo da hipótese. Se o juiz se recusar a homologar a transação processual e determinar o prosseguimento do processo, caberá também correção parcial, dado que se trata de um erro in procedendo.

<sup>46</sup> Nesse sentido: “O equívoco na interposição do recurso pode ser sanado pela aplicação do princípio da fungibilidade, onde se admite o recebimento de um recurso por outro, quando demonstrado que, além de inócua o erro grosseiro, foi aquele interposto no prazo deste” (STJ, HC 16.377/SP,

#### **4 O *Sursis* e a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)**

A Lei nº 11.340/06, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, veda expressamente a incidência da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/90). Assim reza o artigo 41 da referida Lei: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

Com o advento da Lei Maria da Penha, grande parte da doutrina passou a entender que, diante desse dispositivo legal, não há que se falar em delito de pequeno potencial ofensivo em sede de violência doméstica. Eventual crime de lesão corporal ensejaria uma ação penal pública incondicionada, não havendo espaço para transação penal, composição dos danos ou suspensão do processo. Esse, inclusive, foi o entendimento inicial da ilustre desembargadora Maria Berenice Dias, manifestado em diversos artigos doutrinários, de sua obra “Lei Maria da Penha na Justiça” (DIAS, 2007, p. 71)<sup>47</sup>.

Todavia, como veremos, esse posicionamento hermético foi cedendo espaço a novas reflexões acerca do benefício trazido por tais institutos, o que fez a autora e diversos outros juristas modificarem seu ponto de vista, fato que vem refletindo na jurisprudência acerca do tema.

---

rel. ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 20/9/2001, DJ 4/2/2002, p. 561).

<sup>47</sup> A própria autora confirma que foi o posicionamento que inicialmente adotou e manifestou em alguns artigos, mas acabou repensando o tema.

A análise da supracitada norma do artigo 41, em princípio, permite inferir que a intenção do legislador foi de suprimir a aplicação de todos os institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95, inclusive a suspensão condicional do processo, já que o *sursis* processual encontra-se capitulado no art. 89 da Lei dos Juizados.

A publicação e a vigência da Lei nº 11.340/2006 imediatamente trouxeram à tona diversas discussões acerca da constitucionalidade do seu artigo 41 e de sua compatibilidade com os demais institutos jurídicos do nosso ordenamento.

Dessa maneira, criado o debate doutrinário e as diversas interpretações conferidas pelos tribunais estaduais, mormente no que toca à possibilidade de incidência dos institutos despenalizadores, o STF foi instado a se manifestar a respeito o tema em sede de controle difuso<sup>48</sup> e também concentrado<sup>49</sup> de constitucionalidade.

#### 4.1 Da Constitucionalidade e do Alcance do Artigo 41 da Lei nº 11.340/06

Tanto na ADC 19-DF quanto na Adin 4424, o STF declarou, incidentalmente, não ser possível a incidência do *sursis* processual aos delitos cometidos em situação de violência doméstica contra

---

<sup>48</sup> No controle difuso, temos o exemplo do HC 106212/MS, no qual decidiu-se de forma unânime a favor compatibilidade do artigo 41 com a Constituição Federal e, nesse diapasão, pela impossibilidade de oferta do *sursis* processual aos delitos praticados sob o pálio da Lei Maria da Penha.

<sup>49</sup> No controle concentrado temos a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19-DF e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424.



a mulher, uma vez que o art. 41 estaria em perfeita consonância com a Carta Política de 1988, uma vez que a lei veio a trazer efetividade ao artigo 226, § 8º da Constituição, coibindo-se a violência contra a mulher.

Segundo a Suprema Corte, nas situações de violência doméstica, a mulher está em situação de desigualdade em relação a seu algoz e na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher acabaria por não representar ou por afastar a representação anteriormente formalizada. Ainda, de acordo com a Corte, deixar a mulher decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a “assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais”, o que contribuiria para a diminuição de sua proteção<sup>50</sup>.

Dessarte, o STF assentou que, a par da impossibilidade de utilização de institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados, a ação penal no crime de lesão corporal praticado em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher seria de natureza incondicionada<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> ADI 4424/DF, rel. min. Marco Aurélio, 9/2/2012, noticiado no Informativo nº 654, de 6 a 10 de fevereiro de 2012.

<sup>51</sup> Diferente, contudo, foi a conclusão do STJ. Consolidou a Terceira Seção o seguinte entendimento:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IRRESIGNAÇÃO IMPROVIDA.

1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima.

Mesmo o rígido posicionamento do Supremo Tribunal Federal não teve o condão de afastar a polêmica doutrinária e jurisprudencial que se seguiu, não estando, até o presente momento, pacificada a impossibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo nos crimes relacionados à violência contra a mulher.

A própria finalidade do legislador, que, na visão do STF, teria excluído peremptoriamente a incidência do instituto da suspensão condicional do processo, é bastante questionada pela doutrina.

Eugênio Pacelli (2011, p. 763) afirma que o legislador, ao optar pelo horizonte exclusivamente punitivo, pode afetar também a administração da estabilidade das relações domésticas, nem sempre percebidas na abstração das leis. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Elisa Girotti Celmer (2007, p. 15-17) defendem o mesmo posicionamento, argumentando que a finalidade visada pelo legislador não se confirma na prática, pois, na grande maioria dos casos, a condenação criminal não é a intenção da vítima.

Como bem ressalta com o pragmatismo que lhe é peculiar, Maria Berenice Dias (2007, p. 124) corrobora os entendimentos

---

2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras.

3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada.

4. Recurso especial improvido. (REsp 1097042/DF, rel. ministro Napoleão Nunes Maia Filho, rel. para Acórdão ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 24/2/2010, DJe 21/5/2010).

acima coligidos, dizendo que a vítima conta com enorme dificuldade de denunciar um ente amado com quem convive, muitas vezes genitor de seus filhos e provedor da família. Quando recorre a uma delegacia ou ao Ministério Público, busca auxílio para que a paz volte a reinar em sua casa. Na maioria dos casos não tem o interesse em se separar definitivamente nem quer que seu companheiro seja privado de sua liberdade. Ora, prossegue a autora, se a mulher souber que ele será processado e necessariamente levado para a cadeia, é capaz de desistir. Por isso, a autora confirma que legislações muito rígidas desestimulam as mulheres agredidas a denunciarem seus agressores.

No mesmo sentido sentenciam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2007, p. 130): “sempre que o companheiro ou esposo é o único provedor da família, o medo da sua prisão e condenação a uma pena privativa de liberdade acaba por contribuir para a impunidade”.

Como visto, mesmo diante da decisão da mais alta Corte do país, o tema ainda é cercado de controvérsias, alimentadas não só por robusta doutrina, senão principalmente pela atuação prática nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher por todo o país, que vem demonstrando que a interpretação literal da lei não se revela a melhor solução às vítimas, conforme será visto a seguir.

#### 4.2 Da Aplicação da Suspensão Condicional do Processo nos Procedimentos Regidos pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)

Consoante já mencionado, o STF decidiu que a lesão corporal praticada em desfavor da mulher, em situação de violência doméstica e familiar, é de natureza pública incondicionada e, segundo a Corte, o artigo 41 da Lei Maria da Penha é constitucional, e devem ser afastadas as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95.

Todavia, inobstante a palavra final em sede de controle concentrado de constitucionalidade<sup>52</sup>, doutrina majoritária considera ter havido uma análise literal e quiçá superficial do artigo 41, impossibilitando a aplicação da suspensão condicional do processo, já que tal instituto está capitulado nas disposições finais da Lei do JECrim, no art. 89 da Lei n. 9099/95. De fato, o instituto vem se revelando um importante instrumento de pacificação social, demonstrando-se não só aceitável, mas também aconselhável sua incidência aos delitos ocorridos contra a mulher em âmbito doméstico.

Diversos e complexos são os argumentos favoráveis à aplicação do *sursis* processual na seara da violência doméstica e familiar contra a mulher. Vejamos alguns deles.

Em primeiro plano, um argumento de utilidade prática e

---

<sup>52</sup> Cumpre deixar claro que a eficácia contra todos e efeito vinculante da decisão tomada em sede concentrada foi acerca da constitucionalidade do dispositivo da Lei Maria da Penha, o que não ocorre com o *obter dictum*, ou seja, não ocorre efeito vinculante dos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de constitucionalidade (transcendência dos motivos determinantes). A respeito, v. STF, Pleno, RCL nº 4907-PE, rel. min. Dias Toffoli, J. 11/4/2013; e RCL nº 6204-AL, rel. min. Eros Grau, J. 6/5/2010.

social é que, ao negar o *sursis* em crimes de pequeno ou médio potencial ofensivo, a vítima deve aguardar o provimento final a fim de obter resposta estatal sobre a violência por ela sofrida. Como cediço, o inchaço de processos nos Juizados Especializados, cuja grande maioria possui em seu bojo crimes de penas baixas, em muitos casos são alcançados facilmente pela prescrição. Diante da mora estatal, não raro, vítima e agressor se reconciliam, tornando inócuo o tardio provimento judicial, dele advindo, ainda, constrangimentos no seio familiar.

Um segundo argumento, que permite relativizar a proscrição contida no artigo 41 da Lei Maria da Penha, é que muitos promotores de justiça verificam que os crimes ocorrem longe das vistas de testemunhas e a vítima não está disposta a depor contra o acusado, diante da natural fragilidade das provas contidas em inquéritos que apuram a violência de gênero. Decerto que, no mais das vezes, os crimes de gênero que ocorrem em âmbito doméstico não contam com a presença de testemunhas. Ademais, a vítima muitas vezes se sente coagida pelo seu companheiro ou marido, por diversos motivos, sejam eles de ordem social, emocional ou econômica. Por isso, o prosseguimento do feito até a sentença seria medida que poderia subverter a ordem de proteção à mulher. Por esses motivos, em diversos juizados país afora, os promotores de justiça passaram a defender a aplicação da suspensão condicional do processo (RIBEIRO, 2013, p. 79). Isso pode evitar o sofrimento da vítima pelo *strepitus iudici*, e ao mesmo tempo conferir a ela uma resposta estatal e a ressocialização do acusado.

Um terceiro entendimento, que gira em torno da hierarquia das leis, é que deve ser relativizada a aplicação da norma contida no art. 41 da Lei Maria da Penha, que proíbe a aplicação da Lei nº 9.099/95 nos crimes de violência doméstica contra a mulher, pois ambas as leis se encontram no mesmo patamar hierárquico, e a constitucionalidade daquela lei não implica necessariamente a vedação de todos os institutos constantes da Lei dos Juizados, entre os quais o *sursis* antecipado, porque, além de ser instituto não exclusivo para delitos de menor potencial ofensivo, objeto precípua da Lei nº 9.099/95, trata-se de direito subjetivo do agressor.

Com efeito, o crime de lesão corporal previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal<sup>53</sup> é de médio potencial ofensivo, o que revela uma incongruência da lei. Veja que na maioria das hipóteses, em caso de condenação por lesão corporal, ameaça ou injúria, para citar os delitos mais comuns, ao final de longo e sofrido processo, aplicar-se-á a pena mínima ou próxima dela, v.g. 3 meses. Nesse caso, a lei não veda o *sursis* previsto no Código Penal. Nos termos do artigo 78, § 1º, do CP, no primeiro ano do período de prova exige-se a prestação de serviços à comunidade. Ora, tal solução seria alcançada, de igual modo, com o *sursis* processual, de forma mais célere, conferindo à vítima resposta estatal muito mais efetiva, racional e antecipada.

---

<sup>53</sup> § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006.) Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Esse último argumento também foi utilizado recentemente pela Sexta Turma do STJ, conforme noticiado no Informativo nº 460:

LEI MARIA DA PENHA. SURSIS PROCESSUAL.

Trata-se de habeas corpus em que se discute a possibilidade de oportunizar ao MP o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo (sursis processual) nos feitos vinculados à Lei Maria da Penha. A Turma, por maioria, concedeu a ordem pelos fundamentos, entre outros, de que, na hipótese, tendo a inflição da reprimenda culminado na aplicação de mera restrição de direitos (como, em regra, é o caso das persecuções por infrações penais de médio potencial ofensivo), não se mostra proporcional inviabilizar a incidência do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, por uma interpretação ampliativa do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, pois tal providência revelaria uma opção dissonante da valorização da dignidade da pessoa humana, pedra fundamental do Estado democrático de direito. Consignou-se que, havendo, no leque de opções legais, um instrumento benéfico tendente ao reequilíbrio das consequências deletérias causadas pelo crime, com a possibilidade de evitar a carga que estigmatiza a condenação criminal, mostra-se injusto, numa perspectiva material, deixar de aplicá-lo per fas et nefas. Precedentes citados do STF: HC 82.969-PR, DJ 17/10/2003; do STJ: REsp 1.097.042-DF, DJe 21/5/2010. (HC 185.930-MS, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 14/12/2010).

No Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (FONAVID) (2011), concluiu-se, em 23/6/2010, acerca da possibilidade de concessão da suspensão condicional dos processos em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, consoante teor do Enunciado Fonavid n. 10: “A Lei nº 11.340/06 não impede a aplicação da suspensão condicional do processo nos casos que esta couber”.

Portanto, acreditamos que, em uma interpretação teleológica e não literal do artigo 41 da Lei Maria da Pena<sup>54</sup>, o fim visado pelo artigo 41 da Lei nº 11.340/06 é afastar apenas o rito sumariíssimo dos Juizados Especiais Criminais e a transação penal, porquanto mais benéfica ao acusado que o *sursis* processual, conforme já foi visto no presente artigo. É a própria Lei Maria da Pena, em seu artigo 4º que determina que se deve adotar a interpretação que melhor atenda aos fins sociais da norma<sup>55</sup>.

De fato, conforme afirma a doutrina, permitir a transação penal e a conciliação entre as partes banalizaria a resposta penal e esvaziando a finalidade da Lei Maria da Pena, deixando a mulher em desamparo<sup>56</sup>.

Dessa forma, defendemos que obstar a suspensão condicional do processo no rito dos Juizados de Violência Doméstica seria prolongar a violência à mulher, uma vez que esta teria de aguardar todo o fim do processo para ver seu agressor ser beneficiado com a suspensão da pena, cujos efeitos práticos serão os mesmos de um *sursis* processual. A aplicação da suspensão condicional do processo, porque medida célere, permite pronta resposta estatal à vítima e a adoção de medidas de conscientização do agressor acerca da violência de gênero.

---

<sup>54</sup> Método teleológico preconizado por Rudolph Von Ihering emergiu em contraponto à interpretação literal advinda do formalismo jurídico alemão (CAMARGO, 2003, p. 84).

<sup>55</sup> Art. 4º Na interpretação desta Lei serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

<sup>56</sup> Nesse sentido, Ribeiro (2013, p. 83).



Nesses casos de crimes de médio potencial ofensivo, o *sursis* processual terá caráter restaurativo, e os Juizados especializados de violência doméstica, quando dotados de equipe disciplinar e boa estrutura, permitirão que, dessa maneira, seja coibida a violência contra a mulher, ao mesmo tempo que atinge de forma eficaz o escopo da Lei Maria da Penha. Conforme explica a antropóloga Bárbara Soares (2005, p. 36):

[...] o primordial é oferecer proteção para as mulheres em situação de violência. Porém, para superar o problema é necessário também transformar o comportamento dos autores, pois a mera punição os tornará ainda mais violentos.

Registre-se, por oportuno, que o *sursis* processual possui finalidade ressocializadora e restauradora, e sua aplicação em desfavor do agressor impede a perpetração da violência familiar e ainda permite ao Estado, por meio do Ministério Público e do Poder Judiciário, acompanhar mais atentamente o acusado durante o período de prova da suspensão condicional do processo, possibilitando intervenção e conscientização mais rápidas do que ocorreriam caso o processo seguisse seu curso até a sentença, ocasião em que seria aplicada uma pena a ser cumprida, certamente em regime aberto, sem nenhuma proteção à mulher, vítima da violência doméstica.

Em conclusão, para higidez e coerência do sistema punitivo, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, pode o *sursis* processual ser aplicado às hipóteses da Lei “Maria da Penha”, competindo ao juiz do caso

concreto a análise da inclusão de condições outras, determinando a participação do agressor em oficinas de prevenção à violência doméstica, comparecimento a centros de capacitação, acompanhamento psicossocial periódico, frequência a programas de tratamento ao alcoolismo ou dependência de drogas.

## **5 Conclusão**

Quando da publicação da Lei nº 9.099/95, algumas vezes surgiram identificando a lei como apenas uma nova forma de ampliação do poder do Estado de punir. As medidas ditas alternativas e despenalizadoras, tais como a transação penal e o *sursis* processual seriam apenas uma extensão do controle social formal.

Todavia, a utilização prática e crescente da referida Lei demonstrou rapidamente que as consequências penais dos institutos despenalizadores, sobretudo a suspensão condicional do processo, são muito mais vantajosas que prejudiciais.

Nesse contexto, o *sursis* processual ou antecipado permite economia de tempo (não haverá instrução nem sentença), beneficia vítimas, com resposta célere e eficaz a delitos que, em caso de sentença, não seriam reprimidos com pena privativa de liberdade. Beneficia a Justiça, com economia de servidores, dinheiro e desburocratização. Beneficia testemunhas, que não precisam ir a longas audiências, perdendo tempo com deslocamento até o fórum, sendo obrigadas a realizar reconhecimentos formais, perdendo dias de trabalho, etc. Por fim, e por que não, beneficia também o acusado com uma medida socializadora, educativa e restaurativa,

sem submetê-lo ao estigma e à cerimônia do julgamento. Com os juizados criminais, houve descongestionamento dos juízos criminais, razão pela qual infrações mais graves ao corpo social não serão preteridas, alcançando melhores níveis de otimização, desde a apuração feita na Delegacia de Polícia até a sentença final em juízo.

Do *sursis* processual decorre o poder-dever de o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, propor a suspensão condicional do processo, pelo prazo de dois a quatro anos, em crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano. Entende-se que há um poder-dever do *Parquet*, mas que depende que o autor do fato preencha as exigências legais<sup>57</sup>: não estar sendo processado ou não ter sido condenado por outro crime e estarem presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, previstos no artigo 77 do CP. O juiz não poderá, de ofício, substituir o promotor de justiça e propor a suspensão. Se discordar do Ministério Público, o juiz deverá aplicar, por analogia, o art. 28 do CPP, encaminhando os autos ao procurador-geral de justiça a fim de que este se pronuncie sobre o oferecimento ou não da proposta<sup>58</sup>. Aliás, como visto, esse é o teor da Súmula 696 do STF. Cumpre ressaltar uma exceção à exclusividade do *Parquet*: a Lei nº 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite o *sursis* antecipado nas ações penais de

---

<sup>57</sup> Preenchidos os critérios eleitos pelo legislador, o MP, como defensor da ordem jurídica (art. 129 da CF), além de poder, deve formular a proposta prevista no art 89 da Lei do JECrim.

<sup>58</sup> Nesse sentido: STF, Pleno, HC n. 75.343-4, Boletim do STF, n. 92.

iniciativa exclusivamente privada, caso em que a legitimidade para oferecimento da proposta é do querelante (APN 390/DF, rel. min. Felix Fischer, Corte Especial, DJ 10.4.2006).

No que toca ao meio de impugnação cabível da decisão interlocutória que fixa as condições da suspensão<sup>59</sup>, a questão é deveras polêmica. Há diversas posições a respeito: (a) cabe recurso em sentido estrito, por analogia à suspensão condicional da pena; (b) cabe apelação (art. 593, II, CPP); (c) não cabe qualquer recurso; (d) cabe mandado de segurança; (e) cabe correção parcial.

Nesse ponto, as Quinta e Sexta Turmas do STJ divergem, para aquela, seria cabível o Recurso em Sentido Estrito; para esta, Apelação. Certo é que há uma dúvida objetiva. Em virtude da ausência da expressa previsão recursal na lei, os tribunais reconhecem que eventual equívoco na interposição do recurso cabível pode ser sanado pela aplicação do princípio da fungibilidade, caso se revele tempestivo o recurso interposto pela parte e não haja erro grosseiro.

Quanto à também divergente possibilidade de impor a prestação de serviços comunitários ou prestação pecuniária como condição de suspensão do processo, a despeito da recente divergência entre as Turmas criminais do STJ, ousamos discordar de renomada doutrina, mas entendemos que tais medidas não privativas de liberdade não possuem natureza de pena; são

---

<sup>59</sup> A doutrina tende a rejeitar a palavra “homologa”, pois entende-se que a decisão interlocutória não é meramente homologatória, pois é o juiz quem fixa as condições da suspensão.

condições inerentes ao instituto, com amparo no art. 89, § 2º da Lei do JECrim. Há decisão da Segunda Turma do STF nesse sentido (HC 108103)<sup>60</sup>.

Por fim, considerando os benefícios advindos do *sursis* antecipado a todos os atores processuais, concluímos pela possibilidade de aplicação do aludido instituto nos procedimentos regidos pela Lei Maria da Penha, diante de crimes com pena mínima não superior a um ano. A pena privativa de liberdade e o estigma processual, com base na Lei Maria da Penha, devem ser utilizados apenas para os casos de maior gravidade. A prática demonstra que a prioridade para a vítima nem sempre é a prioridade supostamente pretendida pelo legislador, devendo o promotor de justiça e o juiz ter a sensibilidade de aferir se no caso concreto revela-se mais importante a persecução penal em juízo ou a construção de relações domésticas estáveis e sadias.

**Title:** Controversial Aspects Regarding the Conditional Suspension of the Process (Article 89, Act nº 9099, 1995)

**Abstract:** This article's objective is to show the current relevance of the Conditional Suspension of the Process within the Brazilian legal system, as well as to show doctrinal and jurisprudential concerns regarding its most controversial aspects. It addresses the vision of the imprisonment sentence and its real use and necessity within the current scenario, highlighting the important role of procedural probation (*sursis*) as a tool for achieving Justice without deprivation of freedom, without losing its fundamental character of re-socialization nature and social

---

<sup>60</sup> Relator: min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 8/11/2011, processo eletrônico DJE-231, divulgação em 5/12/2011; publicação em 6/12/2011.

pacification, as well as reconciling efficiency and humanity. Furthermore, it addresses the assumptions of appropriateness, legal nature and conditions for applying the Conditional Suspension. Finally, the possibility of applying the Conditional Suspension of the Process on procedures ruled by Maria da Penha Law (Law No. 11.340/06), under the Special Courts of Domestic and Family Violence Against Women is also brought upon to discussion.

**Keywords:** Criminal procedural law. Conditional suspension of the process - legal nature. Conditional suspension of the process - appropriateness. Conditional suspension of the process - conditions. Maria da Penha Law.

## Referências

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Natureza jurídica da transação penal e efeitos decorrentes. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1. Região*, Brasília, ano 18, n. 8, ago. 2006.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CELMER, Elisa Girotti. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo: uma análise da Lei 11.340/06. *Boletim IBCCrim*, n. 170, jan. 2007.

BATISTA, Nilo. A violência do Estado e os aparelhos policiais. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 145-154, 2. semestre de 1997.

BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BATISTA, Weber Martins. Suspensão condicional do processo: natureza jurídica; iniciativa da proposta. *Revista CEJ*, v. 2, n. 4, p. 53-57, jan./abr. 1998.

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

\_\_\_\_\_. 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.

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

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 set. 1995.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...] e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 243*. Brasília, DF, 5 fev. 2001. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=sumula+243&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=sumula+243&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO)>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 696*. Brasília, DF, 9 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=696.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 723*. Brasília, DF, 9 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=723.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) comentada artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS, 21., 2007, Vitória, ES. *Enunciado n° 86*. Em caso de não oferecimento de proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, aplica-se, por analogia, o



disposto no art. 28 do CPP. Vitória, ES, 2007. Disponível em: <<http://www.fonaje.org.br/site/enunciados/>>. Acesso em: mar. 2014.

FÓRUM NACIONAL DE JUÍZES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, 3., 2011, Cuiabá. *Enunciados do FONAVID*. Cuiabá: 2011. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonavid/ENUNCIADOS.pdf>>. Acesso em: mar. 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo*. São Paulo: RT, 1995.

GONÇALVES, Antônio Baptista. Justiça restaurativa: novas soluções para velhos problemas. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 25, p. 287-304, out. 2009.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito processual penal esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista. Crimes hediondos, organizados e de especial gravidade. *Boletim IBCCrim*, n. 33, set. de 1995.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Lucas Pimentel de. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Edipro, 1995.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCrim, 2009. (Monografias, n. 52).

QUEIROZ, Paulo. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. *Boletim IBCCrim*, n. 74, 1999.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REIS, Cláudia Priscyla; OLIVEIRA, Aline Lima. A teoria dos jogos aplicada aos institutos despenalizadores do sistema jurídico brasileiro. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 14, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em: mar. 2014.

RIBEIRO, Dominique de Paula. *Violência contra a mulher: aspectos gerais e questões práticas da Lei nº 11.340/2006*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SOARES, Bárbara M. *Enfrentando a violência contra a mulher: orientações práticas para profissionais e voluntários*. Brasília: SEPM, 2005. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais-1/catalogo/orgao-essenciais/>>. Acesso em: mar. 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni R. C. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais federais cíveis e criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

---

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

MOTTA, Leonardo Longo. Aspectos controvertidos acerca do instituto da suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei nº 9.099/95). *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 281-336, 2014. Anual.

---

**Submissão:** 12/5/2014

**Aceite:** 5/6/2014

---

## A “Carteirada” Policial

### Thiago André Pierobom de Ávila

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília. Especialista em Investigação Criminal pela École Nationale de la Magistrature da França. Professor de direito processual penal em Brasília. Autor de diversos livros e artigos jurídicos. Palestrante.

**Resumo:** O presente artigo analisa os argumentos favoráveis e contrários ao fenômeno de policiais utilizarem-se de sua identificação pessoal para ingressarem gratuitamente em estabelecimentos comerciais de diversão fora do exercício de sua função policial, para fins meramente pessoais. Conclui que não pode compactuar com formas de privilégios pessoais dissociados de sua função pública, e que os argumentos usualmente utilizados por corporações policiais para justificar a “carteirada” são incompatíveis com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Também conclui que há necessidade de controle desse desvio, o qual configura uma forma de abuso de autoridade.

**Palavras-chave:** “Carteirada”. Policiais. Estabelecimentos comerciais. Estado de Direito. Controle. Abuso de autoridade.

**Sumário:** Introdução. 1 Refutação dos Argumentos Favoráveis ao Uso da Prerrogativa de Ingresso Gratuito Fora do Exercício da Função. 1.1 Ingresso Gratuito como Benefício Social. 1.2 Ingresso Gratuito como Incentivo à Maior Presença de Policiais em Determinados Locais. 1.3 Ingresso Gratuito em Razão de o Policial Ser Policial 24 Horas por Dia. 2 Da Necessidade de Controle. 3 Operacionalidade do Sistema de Controle dos Ingressos Gratuitos em Estabelecimentos Comerciais. 4 Qualificação Criminal da “Carteirada”. 5 Considerações Finais. Referências.

## Introdução

Normalmente, as leis estabelecem que os policiais possuem a prerrogativa de ingressar gratuitamente em determinados estabelecimentos comerciais que são abertos ao público sem o pagamento de ingresso e com dispensa de espera em fila, como, por exemplo, cinemas, apresentações de teatro, espetáculos musicais, eventos esportivos ou boates<sup>1</sup>. Também acontece de

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, ver o art. 141 da Lei Orgânica da Paraíba: “Art. 141. O policial civil, no exercício de suas funções, goza das seguintes prerrogativas, dentre outras estabelecidas em lei: VI – livre acesso a locais públicos ou particulares que necessitem de intervenção policial, na forma da legislação; VII – ingresso e trânsito livres em locais de acessibilidade pública, independentemente de prévia autorização ou de verificação de estar em serviço, *uma vez que o exercício das funções policiais ocorre em tempo integral e exige dedicação exclusiva, devendo-se apurar a responsabilidade penal do eventual obstrutor da ação policial nesse caso*”. Essa norma é flagrantemente inconstitucional na medida em que não limita o ingresso gratuito ao exercício da função; conferir argumentação adiante. No âmbito do Departamento de Polícia Federal, o Decreto Federal nº 73.332, de 19 de dezembro de 1973, em seu art. 9º, dispõe: “A carteira de identidade policial, expedida pelo Instituto Nacional de Identificação do Departamento de Polícia Federal, confere ao seu portador livre porte de arma, franco acesso aos locais sob fiscalização da polícia e tem fé pública em todo o território nacional”; No âmbito do Distrito Federal, a Lei Distrital nº 2.835, de 12 de dezembro de 2001, prevê em seu art. 55: “Os policiais civis do Distrito Federal, sem distinção, têm porte livre de arma, válido em todo o território nacional, e franco acesso a todas as casas de diversões públicas e outros locais sujeitos à fiscalização da polícia, devendo as autoridades civis e militares prestar-lhes todo o apoio e auxílio necessários”; e a Lei Distrital nº 3.060, de 22 de agosto de 2002, dispõe em seu art. 1º: “Fica assegurado aos servidores militares, da Segurança Pública do Distrito Federal, independentemente do uso do uniforme, livre acesso a eventos artísticos, culturais e esportivos no âmbito do Distrito Federal”.

policiais decidirem ingressar em casos de estabelecimentos que não cobram ingresso, mas para os quais há uma fila de acesso, utilizando-se a carteira funcional para “furar a fila” (bares e restaurantes). Eventualmente policiais decidirem comer e beber em estabelecimentos comerciais e ao final não pagar a conta, especialmente quando a consumação já está incluída no ingresso (situação de verdadeiro “calote policial”). Tais situações são conhecidas no Brasil como “carteirada”<sup>2</sup>.

---

Registre-se, todavia, que todas essas normas do DF estão impugnadas por vícios de iniciativa. No caso da PMDF, o TJDFT declarou inconstitucional a Lei Distrital nº 3.060/2002: TJDFT, ADI n. 2006 00 2 010908-3, Conselho Especial, rel. desig. Des. Mário Machado, DJ-e 28 jan. 2009. Em sentido semelhante, declarando inconstitucional a Lei Estadual nº 275/2000 (de Roraima), que previa a prerrogativa semelhante à PMRR: TJRR, Processo n. 90135815, rel. Juíza Graciete Sotto Mayor Ribeiro, j. 15 dez. 2010. Já em relação à PCDF a Lei Distrital nº 2.835/2001 foi inteiramente declarada inconstitucional pelo TJDFT (ADI 2002.00.2.002147-4, rel. Des. Estevam Maia, DJ 14 jun. 2005), em razão de vício de incompetência legislativa (pois de acordo com o art. 21, XIV, da CRFB/1988, compete à União organizar e manter a PCDF), todavia, o DF ingressou com reclamação perante o STF (RCL 3.165, rel. Min. Marco Aurélio), que sustou os efeitos dessa decisão até julgamento do mérito; essa reclamação está parada desde 2005, aguardando julgamento, com parecer favorável da PGR pela inconstitucionalidade. Sobre as diversas legislações aplicáveis quanto ao uso da prerrogativa em discussão, ver Coimbra, 2009.

- <sup>2</sup> Há que se registrar que o problema do abuso da prerrogativa da função para obter vantagens pessoais não é exclusivo de policiais. Infelizmente, há episódios de várias outras categorias profissionais que também procuram usar a função para benefícios pessoais, como desembargadores, juízes, membros do Ministério Público, oficiais de justiça, bombeiros e fiscais em geral. Todavia, o problema da “carteirada” policial é que há uma ideologia subjacente à prática, dando uma aparência de legitimidade à apropriação pessoal de prerrogativas públicas, o que analisaremos a seguir.

Obviamente, a prerrogativa policial de ingresso gratuito em estabelecimentos comerciais no exercício da função é uma prerrogativa legítima, necessária ao exercício da atividade policial quando destinada à fiscalização desses locais abertos ao público mediante o pagamento de ingresso (que continuam a se qualificar como locais abertos ao público, e que, portanto, uma ingerência policial não necessitaria de prévia autorização judicial)<sup>3</sup>. A expressão “carteirada”, cunhada pela expressão popular para se referir ao abuso dessa prerrogativa, utilizada fora da função e para fins meramente pessoais, deve ser reservada não ao uso legítimo da prerrogativa policial, mas apenas à situação abusiva de desvio de finalidade.

Pode parecer muito óbvio que a prerrogativa de ingresso gratuito ou dispensa de fila em estabelecimentos comerciais apenas deveria ser utilizada para o exercício concreto de uma atividade de policiamento. Todavia, é recorrente no Brasil a reclamação de comerciantes de que policiais ingressam em seus estabelecimentos para fins lúdicos, dissociados do exercício da função, e que

---

<sup>3</sup> Na França, é admissível a realização de vistorias em estabelecimentos comerciais (nos locais, anexos e dependências) e controles de identificação de funcionários para fiscalizar a regularidade fiscal e a documentação trabalhista (especialmente, verificar a inexistência de trabalhadores imigrantes irregulares), mediante prévia requisição do Ministério Público. Ao final, é necessário lavrar uma ata, encaminhando-se cópia ao interessado (art. 78-2-1 do CPP francês); ver Bouloc, 2010, p. 382-383.

tal situação lhes causaria prejuízos e inconvenientes<sup>4</sup>. Mais surpreendente ainda é verificar que diversas corporações policiais (sindicatos, associações) defendem abertamente a possibilidade de o policial ingressar gratuitamente em tais locais sem uma missão policial específica, o que, aliado à ausência de postura das direções policiais (ou sua conivência expressa), reforça na cultura policial brasileira a representação de que os policiais possuem o direito ao ingresso gratuito em estabelecimentos comerciais<sup>5</sup>. Todavia, essa prerrogativa legal deve ser analisada estritamente à luz dos princípios democráticos e reconduzida à sua justificação finalística.

Normalmente essa situação é sustentada pelos policiais ao argumento de que “policial é policial 24 horas por dia”, que se trata de uma prerrogativa da profissão entrar gratuitamente em cinemas, bares ou restaurantes, que tais estabelecimentos não

---

<sup>4</sup> Em março de 2009, a direção do clube futebolístico Sport de Pernambuco limitou os ingressos gratuitos fornecidos a policiais a “apenas” 250, pois seria necessário assegurar uma arrecadação mínima; essa medida foi classificada como “discriminatória e arbitrária” pelo presidente do Sindicato dos Policiais Cíveis de Pernambuco; conferir: <[http://jc3.uol.com.br/blogs/blogdotorcedor/canais/libertadores/2009/03/04/sport\\_limita\\_entrada\\_gratuita\\_de\\_policiais\\_e\\_irrita\\_a\\_classe\\_42078.php](http://jc3.uol.com.br/blogs/blogdotorcedor/canais/libertadores/2009/03/04/sport_limita_entrada_gratuita_de_policiais_e_irrita_a_classe_42078.php)>, acesso em: 12 set. 2011. Para indicações de problemas quanto à grande quantidade de policiais que ingressam gratuitamente em jogos de futebol em Alagoas, ver Gomes, 2011. Para indicações de policiais que ingressam gratuitamente fora da função em cinemas, bares e boates em Marabá, e ainda se recusam a pagar o valor consumido, ver Marabá, 2011.

<sup>5</sup> Para “artigos jurídicos” de delegados de polícia defendendo abertamente a possibilidade de usar a prerrogativa de ingresso gratuito em estabelecimentos comerciais fora do exercício da função, ver: Queiroz, 2011; e Coimbra, 2009.



possuem a prerrogativa de julgar se o policial está ou não de serviço, que mesmo quando ele está fora de serviço está realizando uma atividade de “inteligência criminal”, coletando informações de possíveis crimes, ou ainda o de que há um “interesse social” em favorecer a presença dos policiais nesses estabelecimentos, pois se houver a prática de algum crime no local o policial poderá (segundo a tese, “deverá”) prestar seus valiosos serviços de segurança pública. Outros chegam ao extremo de afirmar que seria um verdadeiro benefício social aos policiais, destinado a recompensar o valor dos profissionais da segurança pública. Todavia, esses argumentos não se sustentam minimamente a uma análise crítica<sup>6</sup>.

## **1 Refutação dos Argumentos Favoráveis ao Uso da Prerrogativa de Ingresso Gratuito Fora do Exercício da Função**

### **1.1 Ingresso Gratuito como Benefício Social**

O primeiro argumento está ligado à possibilidade de concessão de um benefício pessoal a policiais, de terem isenção de

---

<sup>6</sup> Síntese dos vários argumentos recolhidos em Queiroz, 2011; e Coimbra, 2009. O jornal Gazeta do Povo publicou em 9 nov. 2007 um scrap em seu blog intitulado “a maldição das carteiradas”, indicando os problemas que alguns proprietários de estabelecimentos comerciais têm com as carteiradas de policiais (e também de juízes e promotores de justiça). Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/blog/anotetoda/?id=711719&tit=a-maldicao-das->>. Acesso em: 9 set. 2011. É interessante observar a agressividade linguística de alguns policiais que intervieram na discussão para defender sua “prerrogativa” profissional (demonstrando o déficit de interiorização de valores democráticos na discussão pública de suas prerrogativas).

pagamentos de ingressos em estabelecimentos comerciais, apenas como uma forma de vantagem pessoal sem ligação concreta com o exercício da função, apenas como um acréscimo salarial ou como um benefício social. Isso é inadmissível. No Estado de Direito, não se admitem brechas de arbitrariedade, de vantagens pessoais, de desigualdades. Se um funcionário público recebe uma prerrogativa legal, diferenciando-o dos demais cidadãos (e, portanto, criando uma exceção ao princípio da igualdade), é porque ela deve estar necessariamente associada a uma finalidade pública. É obvio que o fato de leis preverem que policiais podem ingressar gratuitamente em estabelecimentos comerciais está ligada ao favorecimento do exercício da função policial. Se há necessidade de investigar um crime, de colher informações sobre possíveis práticas criminosas, ou de reforçar a segurança preventiva, então o ingresso no estabelecimento se justifica, caso contrário, não.

O Estado não possui poder de conceder vantagens pessoais sem razões concretas que as justifiquem. Quando, por exemplo, concede-se por lei o direito de estudantes ou idosos pagarem meio ingresso em cinemas ou apresentações culturais, há um interesse público que justifica esse benefício pessoal, qual seja, fomentar a capacitação de estudantes e facilitar-lhes o acesso à cultura, ou facilitar o acesso de idosos a atividades lúdicas enquanto instrumento de assegurar uma velhice com qualidade de vida (um dever de solidariedade para com os idosos). Parte-se do pressuposto que estudantes e idosos são um segmento

social hipossuficiente, pois os estudantes ainda não ingressaram com todo o seu potencial no mercado de trabalho e os idosos, que sobrevivem com os recursos de suas aposentadorias, têm elevados custos de remédios e tratamentos médicos inerentes à sua faixa etária. Em alguns estados, esse benefício também é atribuído a professores; nessa situação, o benefício é justificado pela necessidade de professores estarem em constante atualização, de serem reprodutores da cultura e, portanto, merecerem um incentivo social para participarem desses eventos de cultura. O custo dessas atividades de benefício social é socializado por toda a coletividade, pois, quando a lei atribui o benefício pessoal de meia entrada, o empreendedor irá realizar uma estimativa dos possíveis custos do empreendimento (estimativa de prováveis ingressos com o benefício) e, para cobrir tais custos, irá elevar o preço dos ingressos ordinários para compensar os gastos com os ingressos com benefícios. Portanto, o custo do benefício é, em última análise, socializado. O que justifica essa derrogação parcial do princípio da igualdade, impondo um custo adicional à coletividade em razão da elevação de custos dos ingressos ordinários, é justamente a presença de fatores concretos que justificam o tratamento desigual, quais sejam, uma situação de hipossuficiência do beneficiado e a necessidade de incentivar determinada atividade ao grupo hipossuficiente<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Não se pode negligenciar que a entrada gratuita de policiais em estabelecimentos comerciais sem pagamento de ingresso constitui um prejuízo significativo para o empreendimento que, se legitimado, seria socializado mediante elevação dos valores de ingresso. Nesse sentido, a Box Cinemas

No caso dos policiais, não há qualquer razão concreta de hipossuficiência que justifique um benefício social enquanto vantagem pessoal. Os policiais possuem razoavelmente bons salários (em comparação com a média da população e uma retribuição merecida por sua atividade de risco) e, portanto, possuem condições de arcar com os diminutos valores das entradas em estabelecimentos comerciais. Não se discute aqui a necessidade de policiais terem salários dignos, condizentes com a elevada relevância e o risco de suas funções, mas se os policiais desejarem melhorar sua condição salarial tal deve ocorrer mediante a elevação da remuneração e não mediante a obtenção de um pseudobenefício social dissociado de razões de hipossuficiência ou de incentivo concreto. Se uma lei atribuísse à determinada classe profissional (por exemplo, os fiscais do Trabalho ou auditores da Receita Federal) a prerrogativa de ingressar gratuitamente em estabelecimentos comerciais sem qualquer justificativa concreta, essa lei seria claramente inconstitucional, por ferir o princípio da igualdade e por atribuir um ônus ao comerciante e à coletividade sem uma justificativa concreta de incentivo que respalde o benefício. Aliás, a prerrogativa de ingressar gratuitamente em estabelecimentos comerciais não é vista como vantagem pessoal, tanto que ela não é atribuída como um desconto no ingresso,

---

do Brasil Ltda., ao impetrar um mandado de segurança contra o secretário de Defesa Social do Estado de Pernambuco, pelo fato de policiais reiteradamente utilizarem suas carteiras para terem ingresso gratuito em cinemas, informou que os prejuízos sofridos já seriam da ordem de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Ver: TJPE, MS 181253-1, rel. Des. Eduardo Sertório, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, j. 9 fev. 2009.

como sói ocorrer nas demais situações de incentivo social, mas de isenção integral, indicando que esse poder de ingresso está dentro do “poder de império” da Administração Pública, portanto necessariamente ligada a uma prerrogativa da função pública<sup>8</sup>.

Uma última situação poderia ser reconduzida ao argumento do benefício social. Seria o de que a atividade policial constitui uma profissão altamente estressante e que um policial em situação de estresse seria um risco à incolumidade pública, na medida em que estaria mais vulnerável à prática de atos de abuso de autoridade e, portanto, haveria um interesse público em incentivar atividades lúdicas aos policiais, como medida profilática de possíveis

---

<sup>8</sup> Vislumbra-se a situação residual de haver interesse público em incentivar a presença de policiais em atividades culturais como forma de incentivar a formação cívica continuada dessas profissões, que seria posteriormente revertida em uma atividade de policiamento de melhor qualidade. Aqui haveria efetivamente um interesse público relevante a justificar alguma medida tópica de relativização do princípio da igualdade. Todavia, as atividades culturais deveriam estar concretamente ligadas a valores cívicos, como, por exemplo, o ingresso em museus e atividades culturais genuinamente brasileiras. Nesse sentido, por exemplo, as secretarias de cultura e de segurança pública do Estado de São Paulo celebraram convênio para que policiais militares, civis e bombeiros não paguem ingressos em diversos centros culturais públicos. Conferir: <<http://vejasp.abril.com.br/revista/edicao-2175/centros-culturais-bombeiros-policiais-gratis>>, acesso em: 12 set. 2011. Todavia, repise-se, essa distinção apenas é legítima se diretamente ligada à finalidade de formação cívica necessária (ou útil) à atividade policial, reforçando os valores humanistas que devem estar necessariamente subjacentes a essa atividade. Ainda assim, deveria ser realizada não mediante uma lei geral, mas mediante convênios diretos com instituições de cultura. Registre-se que, no caso do precedente citado do Estado de São Paulo, o benefício foi estendido ao cônjuge e filhos do policial, em situação que constitui, a nosso ver, claramente uma ausência das possíveis justificativas da restrição ao princípio da igualdade.

desvios. O argumento é parcialmente verdadeiro na perspectiva de que uma preocupação com o estresse na atividade policial é um fator essencial à prevenção de possíveis desvios. Todavia, a solução desse problema de estresse profissional não pode passar pela liberação geral da prerrogativa de ingresso gratuito em casas de diversão por meio de uma lei geral. Primeiro, porque não se pode dizer que os policiais sejam a única categoria profissional que trabalha em níveis elevados de estresse: professores de escolas públicas em bairros desestruturados também estão expostos a elevados níveis de desgaste pessoal e que um desvio nessa profissão também constitua um perigo significativo (o risco de uma agressão gratuita – física ou moral – a um estudante, que poderá evoluir para atos de rebeldia e desajuste social); da mesma forma, pilotos de aeronaves, controladores de tráfego aéreo ou médicos plantonistas estão sujeitos a elevados níveis de estresse e uma falha poderá significar a perda de várias vidas. Há uma infinidade de profissões estressantes (psicólogos, operadores de bolsa de valores, operadores de telemarketing, motoristas profissionais, jornalistas, seguranças particulares), e não se pode dizer *a priori* que uma é mais valiosa que outra. Portanto, a solução dos problemas de estresse profissional deve ser feita não mediante a atribuição de um benefício pessoal em lei geral (em violação ao princípio da igualdade perante outras profissões igualmente estressantes, com restrição de direitos dos comerciantes), mas mediante um programa de recursos humanos na instituição policial especialmente destinado ao controle desse

risco, com cargas horárias de trabalho não excessivas, programas de apoio psicossocial a situações de agravamento do estresse em nível pessoal (separação conjugal, morte de um parente, doença na família) e, eventualmente, parcerias tópicas com instituições de diversões celebradas pelas associações de classe (desde que tais parcerias não sejam obtidas mediante uma pressão implícita decorrente do fato de se tratar de uma instituição policial – que possui algo a oferecer ou com o poder de retaliar). Ainda assim, nessas situações, o policial estará presente no local de diversões como um cidadão em seu período de descanso e não como um policial 24 horas por dia (mesmo porque um policial 24 horas por dia não teria descanso, o que seria novamente um fator de incremento do estresse profissional).

## 1.2 Ingresso Gratuito como Incentivo à Maior Presença de Policiais em Determinados Locais

Quanto ao segundo argumento, da necessidade de incentivar a presença de policiais em locais de aglomeração de pessoas, ainda que estes estejam em folga, como um fator de incremento potencial da segurança, ele derivaria do disposto no art. 301, *caput*, do CPP, pelo qual os policiais possuem a obrigação legal de intervir em caso de flagrante delito, e haveria, portanto, um interesse público em fomentar a presença de policiais em locais de aglomeração de pessoas, pois o policial, ao se identificar como tal no ingresso, estaria se responsabilizando a ser chamado a

agir no caso de qualquer eventualidade<sup>9</sup>. Ademais, ao perceber alguma atividade ilícita no interior do estabelecimento, ainda que não tenha condições de intervir imediatamente, o policial poderia colaborar com a segurança local, informando o fato aos seguranças ou chamando o reforço de outros policiais. Assim, considerando que a segurança pública é “responsabilidade de todos” (art. 144, caput, da CRFB/1988), haveria o ônus social de estimular a presença de policiais nesses locais. Todavia, o

---

<sup>9</sup> Essa tese é sintetizada pelo delegado de polícia diretor da Associação dos Delegados de Polícia de Pernambuco, nos seguintes termos: “o Policial, mesmo estando em gozo de sua folga, não deixa de ser Policial, e a partir do momento que o mesmo se identifica na entrada de um evento ou de qualquer outro local acessível ao público, em caso de necessidade, passará a ser cobrado pela sociedade, sendo compelido a agir como policial, mesmo não estando em serviço, vez que, para a sociedade, ele não é um cidadão comum, mas um Policial que tem o dever de agir diante de um crime [...] A Polícia deve ser estimulada a estar presente em todos os locais onde potencialmente haja a probabilidade de ocorrências criminosas e o livre acesso de Policiais a locais públicos ou privados deve ser garantido, não como forma de beneficiar pessoalmente o Policial com o não pagamento do ingresso, mas como forma de garantir a fiscalização e a ação da Polícia, não sendo exigível que o Agente ou Autoridade Policial esteja necessariamente em serviço, já que a Polícia é instituição permanente que funciona 24h”, e conclui que esse incentivo à presença de policiais em todos os locais possíveis seria uma expressão do “princípio da onipresença da Polícia”. Ver Queiroz, 2011. Em sentido semelhante, ver a posição de delegado da PCDF: “Como a Lei não exige que o servidor esteja no exercício de suas atividades para usar a prerrogativa da ‘carteirada’, não cabe ao particular exigir daqueles que fazem uso de tal recurso que comprovem encontrarem-se de serviço. Inclusive, o impedimento do servidor após se identificar, poderá caracterizar crime de desacato, desobediência ou resistência”; ver Coimbra, 2009. Esse último autor afirma que há um interesse público em fomentar a presença de policiais nesses locais coletivos, mas recomenda que não haja “excesso” no uso dessa prerrogativa (em outras palavras, ir de vez em quando de graça pode, não pode é ir todo dia...).



argumento novamente não passa por uma análise meticulosa. Se há necessidade de segurança, ela deve ser concretamente providenciada, e se ela não foi providenciada é porque se entendeu que não seria necessária. Não se pode atribuir à pessoa do policial a prerrogativa de decidir quando seria necessário reforçar a segurança em um estabelecimento comercial, em seu horário de folga, com um custo social pelo ingresso gratuito. Ademais, uma análise concreta dos locais ordinariamente frequentados por policiais em folga, nos quais se utiliza da prerrogativa do ingresso gratuito, simplesmente não permite a conclusão da necessidade da presença dos policiais como fator de segurança profilática. É possível que ocorra um crime no interior de um cinema ou durante uma apresentação de teatro, todavia esse não é um risco tão alarmante a ponto de justificar um benefício social de ingresso gratuito<sup>10</sup>. Também há esse risco de conflitos durante apresentações musicais, especialmente para o público jovem, todavia nessas situações deve haver um planejamento da intervenção policial de forma a permitir o acompanhamento do evento de forma profissional. Por outro lado, boates e clubes noturnos já são um ambiente com um risco um pouco mais elevado

---

<sup>10</sup> Sousa, 2009, p. 72, fala de um princípio de vedação da simplificação das operações policiais, que significaria que a polícia não pode, para atingir uma finalidade, restringir outros direitos fundamentais não ligados diretamente àquela finalidade, apenas para indiretamente facilitar seu trabalho. E exemplifica exatamente com essa situação: não é possível obrigar a que todas as salas de cinema tenham um agente policial, “pois a mera concentração de pessoas não representa ainda um perigo concreto de roubo de carteira ou de tumultos”.

de conflitos, todavia, a própria natureza desses locais já evidencia que provavelmente um policial em lazer nesse local será de diminuta utilidade como fator de prevenção de crimes, pois, se ele está à paisana, não haverá o fator policiamento ostensivo a atuar como fator de prevenção. E se o crime for praticado, ou houver uma tentativa, considerando que o policial está participando da atividade lúdica, normalmente acompanhada de ingestão de bebidas alcoólicas, não estará na postura de alerta necessária à intervenção, e a eventual ingestão de bebidas alcoólicas poderá mesmo ensejar um novo fator de risco para a segurança no local (um policial que, mesmo sob influência de bebida alcoólica, acredita que possui o dever de agir, pode, em verdade, piorar muito uma situação<sup>11</sup>). Essa perspectiva evidencia o paradoxo da tese da admissão gratuita de policiais em boates nos momentos de folga: todos os policiais possuem o direito de divertirem-se nos horários de folga e, se for o caso, descontraírem-se e ingerirem

---

<sup>11</sup> A situação evidencia outro problema, que é o de os policiais desejarem ingressar portando armas de fogo no interior de estabelecimentos de lazer, quando estão em folga. A situação se complica quando o policial deseja realizar o consumo de bebidas alcoólicas, ou portar de forma ostensiva a arma. Entendemos que, eticamente, o policial deveria abster-se de portar sua arma se irá frequentar um ambiente lúdico, no qual não estará diretamente no exercício de sua função. Quanto às hipóteses de porte de arma em estado de embriaguez ou porte ostensivo de arma, tais condutas configuram o crime de porte ilegal de arma, já que o art. 14 da Lei nº 10.826/2003 prevê o crime de portar arma de fogo em desacordo com determinação regulamentar, e o art. 26 do Decreto nº 5.123/2004, que regulamente o estatuto do desarmamento, prevê a inadmissibilidade de portar arma de fogo de forma ostensiva em locais públicos, ou de portá-la sob influência de álcool, com a previsão adicional da pena administrativa de apreensão da arma e cassação do porte de arma de fogo.

bebidas alcoólicas; todavia, se o policial se descontraí e ingere bebidas alcoólicas, ele torna-se inapto para exercer a função de policiamento; por isso, ele deixa de ser um fator de segurança, que justificaria, em tese, seu ingresso gratuito.

Em todas essas situações, o policial que ingressa gratuitamente em estabelecimento comercial deverá estar presente no local para cumprir uma função policial, não para se divertir. Não é possível admitir o argumento do interesse público em incentivar a presença de policiais nesses locais de aglomeração de pessoas, fora do exercício concreto de uma atividade de policiamento ou investigação, pois, de outra forma, seria necessário também assegurar aos policiais gratuidade no pagamento das mensalidades de faculdades ou em academias de ginástica, pois uma maior presença de policiais nesses locais também aumentaria de forma profilática a segurança, o que é claramente absurdo, pois tal medida permitiria que policiais tivessem estendido à sua esfera privada o direito de usufruírem de todos os benefícios da vida em sociedade de forma gratuita. Se a tese fosse verdadeira, dever-se-ia incentivar também a presença gratuita de médicos nesses locais, pois se algum cliente passasse mal poderia ser imediatamente socorrido, o que também é esdrúxulo. Permitir a tese do incentivo profilático à segurança é assegurar que sempre os policiais, durante seu horário de folga, ingressem em estabelecimentos comerciais de forma gratuita, para fins diretamente pessoais e sem uma necessidade pública que justifique a vantagem. Entender que os policiais, durante toda sua

vida, poderão ingressar gratuitamente em cinemas, espetáculos e boates, para fins meramente pessoais, consistiria não uma prerrogativa da função, mas sim um verdadeiro privilégio pessoal, inadmissível no Estado de Direito. Essa tese acaba por confundir esfera privada e esfera pública, tentando reconduzir prerrogativas públicas para serem fruídas na esfera privada, numa inaceitável constituição de uma classe de pessoas acima da lei.

Finalmente uma última situação deve ser analisada dentro desse tópico de incentivo da presença de policiais em determinados locais. É o caso do benefício de ingresso gratuito em veículos de transporte público coletivo por policiais. Nessa situação, há precedentes contraditórios do STF entendendo ora que se trata de uma prerrogativa derivada do exercício da função policial, outras vezes que se trata de mero benefício salarial indireto, que poderia, portanto, ser suprimido<sup>12</sup>. Cumpre ressaltar que, em todas

---

<sup>12</sup> Conferir a ementa: “1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 155, § 1º da Lei Complementar nº 1/90 do Estado do Piauí. 3. Previsão de acesso de policial civil a ônibus urbano. 4. Alegação de violação aos arts. 22, XI, 230, § 2º e 208, VII da Constituição Federal. 5. A norma impugnada não representa gratuidade de transporte urbano, antes visa a assegurar o pleno exercício do poder de polícia. 6. Improcedência da ação direta de inconstitucionalidade”. STF, ADI 1323, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 29 ago. 2002, DJ 1 ago. 2003, p. 99. Também há outro acórdão analisando o mesmo tema, quanto à concessão de gratuidade em serviço de transporte coletivo intermunicipal para policiais militares: STF, MC na ADI 1052/RS, rel. Min. Francisco Rezek, DJ 23 set. 1994, p. 286. Todavia, esses dois acórdãos não discutiram especificamente a possibilidade de utilização da prerrogativa no horário de folga e para fins pessoais, estando implícito no acórdão que o uso da prerrogativa de ingresso gratuito em ônibus seria uma decorrência da atividade de fiscalização do estado, exercida pela polícia; portanto, que o policial deveria estar a serviço. Em preceden-

as profissões públicas, o valor do transporte ordinário ou já se considera incluído no valor do salário, ou é concedido em sede de auxílio-transporte, bem como as atividades de deslocamentos extraordinários devem ser especificamente indenizadas, de sorte que não se afigura razoável estabelecer um regime jurídico diferenciado para os policiais. Se um policial necessita deslocar-se para outra cidade e não possui a possibilidade de utilizar o veículo oficial, deverá utilizar o serviço de transporte público, pagando pelo serviço e sendo indenizado pela Administração Pública, da mesma forma que todas as demais profissões públicas. A questão que poderia ser discutida seria a de o policial estar realizando uma atividade de policiamento no interior do veículo de transportes públicos.

---

te posterior, o STF considerou que é lícito ao estado suprimir a concessão de gratuidade em serviço de transportes coletivo intermunicipal a policiais civis, pois tal não estaria no âmbito das atribuições de policiais civis, que estes não teriam direito a regimes jurídicos e, inclusive, já receberiam auxílio transporte para os deslocamentos ordinários e indenização para os deslocamentos extraordinários. Ver: STF, ADI 2349, rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. 31 ago. 2005, DJ 14 out. 2005, p. 7. Nesse precedente, a Constituição do Espírito Santo previa a gratuidade a crianças e idosos, previa a concessão de meia passagem a estudantes e vedava a concessão de gratuidade a outras categorias (o que incluiu implicitamente os policiais civis desse estado); o STF entendeu que seria possível a retirada do benefício de gratuidade em transportes coletivos intermunicipais aos policiais civis pela constituição estadual, mas que a retirada do mesmo benefício em nível municipal dependeria de lei municipal, por ser tema de interesse local. Interessante ver que o tema foi discutido inteiramente na perspectiva de se tratar de um benefício pessoal de índole salarial e não como uma prerrogativa da função policial, o que revela verdadeiramente a índole desse instituto em discussão, pois se o ingresso gratuito em transportes públicos fosse indispensável ao exercício da atividade policial ele deveria ser obrigatoriamente dado aos policiais, mas assim não julgou o STF.

Nesse ponto, a situação da presença de policiais no interior de veículos de transportes públicos diferencia-se efetivamente da presença de policiais em casas de diversão. Isso porque aqui o veículo é efetivamente uma extensão do espaço público, pois circula em vias públicas e está aberto à população em geral a preços módicos<sup>13</sup>, e há efetivamente um elevado índice de criminalidade no interior de veículos de transporte coletivo local, especialmente naqueles que circulam por bairros desestruturados, tornando esses locais um espaço especialmente vulnerável à prática de crimes. Assim, haveria, portanto, uma razão concreta a justificar uma presença adicional de policiais nesses locais. Todavia, essa atividade de estar presente de forma ostensiva para evitar preventivamente a prática de crimes é uma atividade tipicamente de policiamento ostensivo, encarregada à polícia militar. Portanto, não se pode falar de incentivo à polícia civil para realizar atividades típicas de policiamento ostensivo, bem como se a atividade é efetivamente de policiamento ostensivo é essencial que o policial esteja devidamente uniformizado, para indicar aos demais ocupantes do veículo que há uma autoridade de segurança pública no local. Não se vislumbra concretamente um interesse de investigação na presença de um agente de polícia civil no interior de veículos de transporte público (uma

---

<sup>13</sup> Aliás, infelizmente no Brasil o espaço público do interior dos veículos de transportes públicos municipais constitui um espaço social não da elite, mas das classes sociais subalternas. Portanto, a perspectiva de apropriação pessoal de benefícios possui aqui um significado muito menos expressivo do que o ingresso gratuito em locais de ingresso de valores mais elevados, como sói ser nas casas de diversão em geral.

investigação não necessita, *prima facie*, do transporte, mas da análise das evidências de um delito, que provavelmente seriam mais bem recolhidas com o veículo estático)<sup>14</sup>.

Portanto, se o benefício de ingresso gratuito de policiais em veículos de transporte público local for concedido, ele deve estar vinculado aos seguintes pré-requisitos: (a) lei municipal prevendo a concessão do benefício em razão da atividade de policiamento, como um interesse local no incremento da presença desses profissionais no local; (b) limitação do benefício a policiais militares para o policiamento ostensivo ou a policiais civis em atividade de investigação concretamente individualizada; (c) obrigatoriedade de os policiais militares estarem fardados para obtenção do benefício; (d) previsão (implícita) de obrigatoriedade de intervenção do policial na eventualidade de distúrbio à ordem pública; (e) mecanismos de controle para os eventuais desvios.

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, Portugal regulamentou a questão do acesso gratuito de policiais ao serviço de transportes no art. 19 do DL n° 299/2009 (Estatuto Profissional da PSP), da seguinte forma: “Art. 19. (1) Ao pessoal policial, quando devidamente identificado e em missão de serviço, é facultado o livre acesso, em todo o território nacional, aos transportes coletivos terrestres, fluviais e marítimos. (2) O pessoal policial tem direito à utilização gratuita dos transportes referidos no número anterior nas deslocações em serviço dentro da área de circunscrição em que exerce funções e entre a sua residência habitual e a localidade em que presta serviço até à distância de 50 km. (3) O regime de utilização dos transportes públicos coletivos é objeto de portaria conjunta dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças, da administração interna e dos transportes.”

### 1.3 Ingresso Gratuito em Razão de o Policial Ser Policial 24 Horas por Dia

De acordo com o terceiro argumento, de que os policiais são policiais 24 horas por dia, sempre o policial estaria realizando de forma latente uma função de policiamento, portanto, mesmo nas horas de folga o policial continua mantendo as prerrogativas de sua função. Alguns chegam a equiparar essa prerrogativa de ingressar gratuitamente em estabelecimentos comerciais em horário de folga às imunidades parlamentares<sup>15</sup>, que se ligariam também à esfera privada da pessoa em razão de ocuparem um cargo público. Esse argumento é um desdobramento do anterior (interesse público em incentivar a presença de policiais em locais em horário de folga) e da mesma forma falacioso, constituindo-se mais numa justificação corporativa destinada a estender prerrogativas da função à esfera da vida privada do policial e, portanto, receber um benefício pessoal mediante uma interpretação torcida da lei.

A função de colocar-se preventivamente em locais públicos para estar a postos para intervir no caso da eventualidade da prática de um delito é uma atividade tipicamente de policiamento ostensivo, que não é atribuição da polícia civil (e muito menos da polícia federal, já que não há, em regra, interesse da União), a quem compete a apuração das infrações penais (art. 144, § 4º, CRFB/1988). Agentes da polícia civil (e muito menos delegados de polícia) não se colocam preventivamente nas esquinas da

---

<sup>15</sup> Coimbra (2009).



cidade para estarem a postos para intervir na eventualidade da prática de um delito no local, pois essa atividade não é de apuração de infrações penais. Quando realizam atividades de rua desse tipo é porque já há uma notícia concreta de suspeita da prática de um crime, de sorte que a vigilância já é um passo planejado anterior à iminente ação (campanas no caso de suspeita de tráfico de drogas, vigilância de quarteirões onde há ações de grupos criminosos organizados) e em regra a ação da polícia de investigação dá-se de forma camuflada (tanto que seus agentes não precisam usar uniforme de identificação). Se a finalidade do policiamento preventivo é estar à disposição da população quando houver a eventualidade da prática de um delito, então ele deve estar necessariamente uniformizado para possibilitar o acesso pela população, o que se torna inviável quando um policial civil ingressa em uma boate, um cinema ou uma apresentação musical com grande número de pessoas.

É um contrassenso reconhecer que a polícia civil não realiza atividades de policiamento ostensivo, colocando-se preventivamente, sem qualquer notícia concreta de crime, em locais públicos para estar à disposição da população para ser acionada na eventualidade da prática de um crime; no mesmo sentido, não é possível admitir que um policial civil possa, fora do exercício da função, em atividade de lazer pessoal, querer utilizar-se do argumento de ser policial 24 horas por dia para receber o benefício de ingresso gratuito a estabelecimentos comerciais, aduzindo que, se houver um crime, ele estará disponível para intervir, pelo

simples fato de que essa função de policiamento preventivo no interior de estabelecimentos comerciais, não compete à polícia civil (e muito menos à polícia federal). Policiais civis e federais podem utilizar-se da prerrogativa para realizar suas funções de apuração de infrações penais, não de policiamento ostensivo de prevenção. Ainda que se trate de atividade de inteligência criminal, ela deve estar respaldada por requisitos mínimos de intervenção indiciária, sob pena de se permitir um panoptismo incontrolável (investigações preventivas, não documentadas, sem quaisquer relações com indícios concretos). Portanto, se houvesse alguma dúvida quanto ao uso da prerrogativa de ingresso gratuito em razão de um policial ser policial 24 horas por dia, e poder, portanto, estar à disposição preventivamente, ela deveria recair exclusivamente em relação a policiais militares, que possuem a atribuição de realizar o policiamento preventivo, pois policiais civis simplesmente não possuem essa obrigação. Todavia, ainda em relação aos policiais que realizam o policiamento preventivo, há uma inadmissibilidade de apropriação pessoal de prerrogativas públicas, como veremos a seguir.

Primeiramente, destaque-se que não há lei estabelecendo que o policial seja policial 24 horas por dia, esse é apenas um jargão reiterado no próprio círculo policial, eventualmente reiterado em disposições regulamentares, para enfatizar a necessidade de um policial intervir diante da presença de um flagrante delito,

nos termos do art. 301, *caput*, do CPP<sup>16</sup>. É óbvio que o policial, como qualquer ser humano, possui o direito de ter um espaço de vida privada, fora da ingerência de seus superiores. A ficção legal de estabelecer que o policial é policial 24 horas é apenas artifício para permitir que o policial seja convocado, mesmo em situação de folga ou férias, diante de uma situação excepcional, para prestar seus serviços, ou seja, uma situação constante de sobreaviso<sup>17</sup>. Ainda assim, essa prerrogativa deve ser aplicada à luz do princípio da proporcionalidade (excepcionalidade da situação), pois os policiais, enquanto também detentores de direitos fundamentais, possuem direito a um espaço de vida privada, portanto, de horário de repouso e convívio familiar, pois se há uma aplicação continuada de convocações de sobreaviso ela deixa de ser excepcional e passa a ser ordinária, violando potencialmente direitos do policial.

Na maioria das profissões de relevante interesse social, há um dever cívico de colaboração mesmo nos momentos de folga, previsto em seus códigos de ética. A título de paradigma, veja-se a situação do médico: esse profissional não deixa de

---

<sup>16</sup> Argumentando genericamente que o policial mantém seu status de garantidor contra a prática de ilícitos penais mesmo nos dias de folga: Greco, 2012, p. 173. Todavia, argumentando que esse estado constante de atuação é contrário aos direitos humanos dos policiais, ver Zaffaroni, 1991, p. 140.

<sup>17</sup> Nesse sentido, por exemplo, estabelece o art. 7.1 do DL nº 299/2009 de Portugal (Estatuto Profissional da PSP), que: “O pessoal policial deve manter permanente disponibilidade para o serviço, ainda que com sacrifício dos interesses pessoais”.

ser médico nos momentos de folga e, portanto, possui um dever humanitário de prestar socorro caso esteja diante de uma emergência de saúde, pois a emergência de salvar uma vida vale mais que seu repouso momentâneo; todavia, esse dever não terá a mesma envergadura caso se trate de uma necessidade médica ordinária (um caso ambulatorial)<sup>18</sup>. Ainda assim, a possibilidade de intervenção do médico deverá ser analisada diante de suas possibilidades mais reduzidas inerentes ao estado de folga (seu despreparo instrumental momentâneo). Da mesma forma, um advogado possui o dever cívico de dar uma orientação informal ao presenciar um ato de grave usurpação de direitos ou de auxiliar gratuitamente os necessitados<sup>19</sup>, um assistente social possui um dever cívico prestar auxílio no caso de calamidades

---

<sup>18</sup> Nesse sentido, estabelece o Código de Deontologia Médica brasileiro (DL n. 7955/1945): “Art. 1º - O médico que exerce a clínica deve atender a chamado dos que solicitam seus serviços profissionais. A seu juízo, entretanto, poderá eximir-se dessa obrigação, salvo nos casos seguintes: 1- Quando não houver outro facultativo na localidade em que exerce a profissão; 2- Quando houver urgência ou perigo para a vida do doente; 3- Quando outro médico pedir a sua colaboração; 4- Quando, em localidade em que não haja serviço de assistência médica gratuita, estiver em causa um indigente”.

<sup>19</sup> O art. 2º, IX, do Código de Ética e Disciplina da OAB estabelece ser dever do advogado: “pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade”, o que constitui claramente a expressão de um dever fundamental de solidariedade em razão dos conhecimentos profissionais, de forma que toda profissão atenda à sua função social.

públicas<sup>20</sup> e um psicólogo possui obrigação de prestar assistência numa situação de emergência sem visar benefício pessoal<sup>21</sup>. Até mesmo um engenheiro pode ser requisitado numa situação de emergência para contribuir com a preservação da incolumidade pública<sup>22</sup>. Todas as profissões possuem uma relevância social e colaboram com as questões de relevante interesse público, em dever de solidariedade, mesmo nos horários de folga, quando houver uma situação de emergência que justifique uma restrição parcial e momentânea de sua tranquilidade pessoal em favor do coletivo. Em todas essas situações há um dever fundamental de solidariedade, derivado do valor estruturante da dignidade da pessoa humana no sistema jurídico-constitucional, e que possui vinculação mesmo na esfera de vida privada dos cidadãos, em seus momentos de folga<sup>23</sup>.

No âmbito da segurança pública, a situação não é diferente. Primeiramente, é falacioso afirmar que os cidadãos em geral não possuem qualquer obrigação de auxiliar a realização do

---

<sup>20</sup> Conforme previsto no art. 3º, “d”, do Código de Ética Profissional dos Assistentes Sociais (Resolução CFESS n. 273/1993): “Art. 3º - São deveres do assistente social: [...] (d) participar de programas de socorro à população em situação de calamidade pública, no atendimento e defesa de seus interesses e necessidades”.

<sup>21</sup> Art. 1º, “d”, do Código de Ética Profissional do Psicólogo (Resolução CFP n. 10/2005).

<sup>22</sup> Art. 9º, I, “c”, do Código de Ética Profissional da Engenharia, Arquitetura, Agronomia, Geologia, Geografia, e Meteorologia.

<sup>23</sup> Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (ou seja, sua eficácia nas relações privadas), ver Alexy, 2002, p. 506-523; Canotilho, 2003, p. 1283-1293.

valor da segurança pública. De acordo com o art. 144, *caput*, da CRFB/1988, a segurança pública é dever de todos. Há, portanto, um dever fundamental de colaboração com as atividades de segurança pública. Assim, se um cidadão vê outra pessoa sendo vítima de um crime, há um dever cívico de colaborar com aquela pessoa, desde que tal colaboração não coloque em risco sua integridade física. O fato de os deveres fundamentais nem sempre serem acompanhados de sanções não retira sua qualidade de deveres jurídicos. Mas em determinadas situações há: se há uma vítima de homicídio a sangrar e o cidadão deixa de chamar o socorro, quando tinha condições de fazê-lo, poderá responder pelo crime de omissão de socorro (CP, art. 135). Aliás, esse crime apenas pode ser explicado como derivação de um dever geral de solidariedade. Todavia, a própria lei já reconhece que os cidadãos em geral, diante de seu despreparo em lidar com as questões criminais, dificilmente terão condições de efetuar uma prisão em flagrante: há um elevado risco à sua integridade física, agravado pelo despreparo em geral que as pessoas “comuns” têm em lidar com as intervenções coativas. Todavia, a possibilidade não é elidida, a prática da detenção em flagrante é facultativa aos cidadãos e essa possibilidade deriva de uma manifestação concreta do dever de cooperação com a segurança pública prescrito no art. 144 da CRFB/1988, que se constitui em verdadeiro dever fundamental<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> O dever fundamental de cooperação com a segurança pública está genericamente previsto no art. 144, *caput*, da CRFB/1988. Sobre o tema, ver Canotilho, 2003, p. 531-536.

Já em relação aos policiais, a situação é diferente. Diante de seu condicionamento profissional, os policiais estão em uma posição privilegiada de colaborar com a realização do valor constitucional de segurança pública, pois, mesmo em situação de folga, não deixam de ter os conhecimentos técnicos que os habilitam a realizar com eficiência intervenções coativas na esfera da vida em sociedade para restabelecer a ordem pública: sabem melhor que os cidadãos em geral quais são as condutas típicas criminais, sabem quando é possível ou não deter uma pessoa, são treinados a imobilizarem uma pessoa diminuindo os riscos de lesão própria e ao abordado, detendo com eficiência os suspeitos, são condicionados a evitarem situações de confronto desnecessário e a protegerem os inocentes. Por serem policiais, têm a perspicácia acurada de vislumbrarem situações de possível prática delituosa e de colaborarem com as autoridades de segurança que estão presentes no local (seguranças particulares ou agentes da força pública) para organizarem de forma profissional uma intervenção adequada. A profissão policial condiciona a eficiência numa intervenção decorrente de flagrante delito. Portanto, apesar de a segurança pública ser dever de todos, os policiais, mesmo nos momentos de folga, possuem um dever fundamental adicionado de colaborarem com a realização concreta desse valor de segurança (da mesma forma que outras profissões possuem o dever fundamental de solidariedade de auxiliar numa situação de emergência nos respectivos campos de saber). Se os cidadãos em geral estão normalmente despreparados para intervenções

em situações criminais, portanto a exigência lhes é diminuta, em relação aos policiais há uma maior expectativa de colaboração numa situação de ruptura da normalidade, para deter uma pessoa que pratica um crime, ou para repassar informações da prática de um crime.

Todavia, ainda assim, esse dever de intervenção do policial em momentos de crise deve ser lido dentro da conjuntura fática concreta e das possibilidades de intervenção, especialmente mais enfraquecidas diante do fato de o policial estar em folga, não preparado para a intervenção (eventualmente desatento, eventualmente não portando arma de fogo, provavelmente sem meios de comunicação imediata com os policiais que são efetivamente responsáveis pela área, sem informações concretas sobre a dimensão do evento, pois não está integrado à rede de policiamento específica que se preparou para prestar de forma profissional a atividade de segurança preventiva). Naquele momento, o policial de folga não está desenvolvendo de forma profissional a atividade policial (profissional no sentido de atenta, planejada, de responsabilidade integral com a eficiência), e, portanto, a eventual colaboração é apenas um reflexo de suas habilitações pessoais (das quais não pode se despir por estar de folga, da mesma forma que todos os profissionais mantêm seus conhecimentos profissionais durante suas folgas), dentro das possibilidades concretas. Trata-se de uma colaboração sempre útil, mas é claro que as possibilidades de intervenção do policial em situação de folga são substancialmente menores



que as do policial que está em atividade e sua possibilidade de intervenção será julgada nos limites de sua contingência. Portanto, a obrigatoriedade legal de intervenção das autoridades policiais diante de uma situação de flagrante delito deve ser interpretada como obrigação para os policiais que estão a serviço, devidamente preparados para exercer a função de policiamento de forma profissional<sup>25</sup>.

Essa perspectiva da cisão entre horário de trabalho e horário de folga e de obrigação de auxílio limitada às possibilidades é reconhecida em diversos códigos de ética de policiais. Ver por exemplo o Estatuto Jurídico dos Policiais Civis do Rio de Janeiro (DL nº 218/1975-RJ), art. 10, XVII, que prevê, sob o título “Código de Ética Policial”, ser dever de todo policial:

XVII - prestar auxílio, ainda que não esteja em hora de serviço:  
1 - a fim de prevenir ou reprimir perturbação da ordem pública;  
2 - quando solicitado por qualquer pessoa carente de socorro policial, encaminhando-a à autoridade competente, quando insuficientes as providências de sua alçada<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> A doutrina processual penal não aborda usualmente essa questão da obrigatoriedade de intervenção do policial mesmo em situação de folga. Mirabete, 2002, p. 377, aborda tão somente a possibilidade de o policial, mesmo estando fora de sua circunscrição, poder efetuar a prisão (já que até mesmo qualquer pessoa do povo poderia).

<sup>26</sup> Essas disposições tem sido repetidas em diversos outros regramentos legais, como consta da Lei Orgânica da Polícia Civil do Mato Grosso do Sul (LC n. 114/2005), art. 153, XII. No âmbito do Estatuto da PMDF (Lei Federal n. 7.289/1984), não há regra semelhante, todavia, consta do art. Já Lima, 2008, p. 345, aborda o tema de que a obrigatoriedade de prisão existe apenas para policiais, não para juízes ou promotores, aos quais competiria apenas o dever genérico de chamar o reforço policial para que

se efetue a prisão (derivado do dever funcional comunicação da prática da infração penal). Vários outros autores de renome sequer comentam os problemas envolvidos na situação de atividade ou folga da autoridade policial sobre a qual recai o dever de prisão obrigatória: Rangel, 2009, p. 683; Oliveira, 2009, p. 439; Choukr, 2009, p. 511. Em Portugal, o tema também não é tratado: Albuquerque, 2009, p. 677; VVAA, 2009, p. 632; Gonçalves, 2009, p. 610; Silva, 2008, v. 2, p. 267. Provavelmente, esse silêncio doutrinal seja uma expressão exatamente da solução evidente: a autoridade policial obrigada a efetuar a prisão em flagrante corresponde à pessoa que está exercendo naquele momento a função policial e não à pessoa que, apesar de ser policial, está em seu momento de repouso e, portanto, não está exercendo naquele momento a função policial. Uma das poucas referências na doutrina brasileira à tese do policial 24 horas por dia está em Nucci, 2008, p. 595, para o qual “Quanto às autoridades policiais e seus agentes (Polícia Militar ou Civil), impôs o dever de efetivá-la, sob pena de responder criminal e funcionalmente pelo seu descaso. E deve fazê-lo durante as 24 horas do dia, quando possível” e cita, em defesa da tese, acórdão do TJSP, que estabelece que policiais civis podem ter o porte permanente de arma, pois tal estaria atrelado à sua situação de trabalho policial. Acompanha essa posição de Nucci, de forma não crítica quanto à efetiva existência do dever de atuação no horário de folga, apenas minimizando sua extensão às possibilidades de intervenção: Pereira, 2010. Cumpre destacar quatro aspectos: (i) o próprio Nucci reconhece que as autoridades possuem o dever de realizar a prisão em flagrante nas 24 horas do dia, quando possível, indicando um caráter não absoluto na prescrição e sem analisar especificamente o problema do estado de folga laboral; (ii) não há qualquer lei que estabeleça essa obrigatoriedade de atuação 24 horas por dia da pessoa do policial, e tal não é obrigatoriamente inerente à sua profissão; (iii) a possibilidade de a polícia atuar 24 horas por dia não se confunde com a obrigatoriedade de um agente atuar 24 horas por dia; e (iv) o fato de policiais terem porte de arma 24 horas por dia não se confunde com a obrigação de um policial específico a exercer sua profissão 24 horas por dia e, portanto, dever efetuar prisões em flagrante 24 horas por dia. 29, que são deveres dos policiais militares do DF: “XII - cumprir seus deveres de cidadão; XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública, e particular; XV - comportar-se mesmo fora do serviço ou na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro policial-militar; XVII - abster-se de fazer

Também está previsto no art. 5.2 do DL nº 299/2009 de Portugal (Estatuto Profissional da PSP), que prevê um dever ético, limitado às possibilidades de ação:

O pessoal policial, ainda que se encontre fora do período normal de trabalho e da área de jurisdição da subunidade ou serviço onde exerça funções, deve tomar, até a intervenção da autoridade de polícia criminal competente, as providências urgentes, dentro da sua esfera de competência, para evitar a prática ou para descobrir e deter os agentes de qualquer crime de cuja preparação ou execução tenha conhecimento.

Portanto, esse dever de intervenção do policial em folga não é uma obrigação absoluta. Não é possível admitir a ficção do policial super-homem (ou melhor, um policial *kamikaze*), que faz tudo a todas as horas, onde quer que esteja, pois se um policial está de folga e presencia um crime, ele irá atuar apenas caso tenha condições de atuar (se estiver armado, se estiver em condições de reagir com segurança). A exigência de intervenção de um policial em atividade é claramente muito mais acentuada que a de um policial em situação de folga que toma conhecimento do crime, pois aquele deve estar preparado com antecedência de forma efetivamente profissional. O dever do policial em folga de agir se estiver presente diante de um crime não significa obrigação

---

uso do posto ou graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros”. Todos os dispositivos são claros ao diferenciar uma esfera pública (investida de autoridade) e outra particular (na qual há vedação de apropriação pessoal das prerrogativas públicas).

de onipresença da instituição policial<sup>27</sup> (que seria expressão de verdadeiro panoptismo social, típico de estados totalitários). Portanto, esse dever cívico do policial de prestar as colaborações inerentes à sua profissão, mesmo nos horários de folga, não pode ser erigido em razão de fundamentação para a apropriação de prerrogativas públicas no âmbito da vida privada, por violação a outros princípios constitucionais (como a impessoalidade e a moralidade administrativa).

Admitir que um policial é policial 24 horas por dia, e que possui o dever de continuar prestando serviços de segurança pública 24 horas por dia, significaria admitir que quando um policial se envolve numa discussão conjugal e eventualmente pratica um ato de violência doméstica (infelizmente ocorrem tais casos), o policial estaria também praticando um ato de abuso de autoridade, pois ele é policial 24 horas por dia (o que é obviamente absurdo...)<sup>28</sup>. Ou então que todas as vezes que um

---

<sup>27</sup> Defendendo a existência de um princípio de onipresença da polícia, que justificaria os ingressos gratuitos, ver a posição do delegado de polícia Queiroz, 2011. Sobre o panoptismo social e a policialização das relações sociais, ver Foucault, 2004 e Wacquant, 1999, p. 144 et seq.

<sup>28</sup> Ainda levando o argumento ad absurdum, a tese do policial 24 horas implicaria admitir que um policial pode praticar relações sexuais no exercício da função pública (já que em algum momento do dia, quando estiver em sua casa, terá o direito de ter uma vida sexual normal), ou pode beber em serviço (quando beber em casa). Essa tese do policial 24 horas não resiste a uma análise mais acurada, pois se acaba perdendo o referencial entre horário de trabalho e horário de descanso, essencial para o enquadramento da conduta do policial. Curiosamente, os policiais decidem exercer esse prerrogativa de serem policiais 24h por dia apenas nos estabelecimentos de diversões, não nas áreas de elevada criminalidade, o que evidencia novamente a apropriação pessoal de prerrogativas públicas.

policial militar ingerir bebida alcoólica, ainda que na privacidade de seu domicílio, ele estará cometendo o crime de embriaguez em serviço, previsto no art. 202 do CPM, o que por óbvio não pode ocorrer, pois naquele momento ele não está de serviço, ele está de folga. É claro que um policial em férias ou licença não possui a prerrogativa de expedir multas de trânsito, pois naquele momento ele não é uma autoridade, não possui a prerrogativa legal de praticar o ato administrativo de aplicação de uma multa<sup>29</sup>. Ademais, se um policial fosse obrigado a intervir em todas as situações nas quais fosse chamado, caso ele residisse em uma área de elevados níveis de criminalidade ele virtualmente nunca teria descanso, pois sempre seria possível que um cidadão batesse em sua porta solicitando ajuda e ele seria obrigado a intervir, sob pena de praticar o crime de prevaricação, o que não é minimamente razoável. Há claramente uma diferenciação entre a atividade em serviço e a vida privada, em situação de folga, fora do exercício da função pública. Tanto que o policial, em folga, que deixa de prender alguém não responde pelo delito de prevaricação, pois

---

<sup>29</sup> Nesse sentido: Alves, 2008. Obviamente, situação distinta é aquela na qual o policial fardado está em trânsito de sua residência para o quartel, ou durante o retorno, pois, enquanto está fardado, o policial apresenta-se à população como uma autoridade pública e, portanto, ainda encarna a autoridade estatal, sendo razoável admitir, portanto, a legitimidade da intervenção policial algumas horas ao término de seu expediente, se o policial pratica os atos inerentes ao seu ofício específico (competência), ao deparar-se com a situação que enseja a intervenção policial (presentes os pressupostos de fato), sem qualquer pessoalidade na intervenção (ausência de perseguições ou vingança pessoal).

não estava no exercício da função<sup>30</sup>.

Não é possível admitir que o policial decida de livre iniciativa continuar a exercer as prerrogativas da função (destinadas a viabilizar o seu exercício) no horário de folga, sem uma missão específica (documentada e fiscalizada), e ainda mais com restrição de direitos de terceiros (ingresso gratuito em estabelecimentos comerciais). É certo que o policial pode continuar a exercer suas atividades fora do horário da escala de trabalho, se houver uma especial razão a justificá-lo, mas para tanto ou a atividade derivava de uma exigência de emergência (como o flagrante delito), ou de uma atividade concreta e determinada, necessariamente documentada, e sempre excepcional. A cisão entre horário de trabalho (no qual se está investido da autoridade pública) e horário de folga é essencial para que não haja uma apropriação pessoal de prerrogativas públicas. Não é raro que autoridades policiais se recusem a ser submetidas a atividades de policiamento preventivo (como, v.g., parar em blitz), ao simples argumento de serem autoridade, o que viola claramente o paradigma do Estado de Direito, pois todos devem se submeter igualmente às abordagens policiais (inclusive políticos, juízes e promotores de justiça). Essa visão de ser policial 24 horas por dia acaba por reforçar essa representação de estar constantemente acima da lei.

Algumas vezes procura-se reconduzir a justificação da prerrogativa de ingresso gratuito em estabelecimentos comerciais

---

<sup>30</sup> Ver extensa referência de decisões no sentido de que policiais em folga que deixam de efetuar prisão em flagrante não respondem pelo crime de prevaricação: Mirabete, 2005, p. 2372.

à lógica da prerrogativa de porte de arma em razão do exercício da função, já que esse porte de arma também se estende aos momentos de folga do policial, às 24 horas do dia. Todavia, a lógica é totalmente distinta, pois a necessidade de portar arma de fogo mesmo nos momentos de folga está ligada à necessidade de o policial eventualmente proteger-se de represálias, em razão do alto risco inerente à sua atividade e de tais represálias ocorrerem normalmente nos momentos de folga, quando o policial está menos atento, bem como diante da possibilidade, sempre excepcional, de deparar-se ao acaso com uma situação de flagrante delito ou de receber uma convocação para reforçar a atividade de policiamento. Ainda assim, a excepcionalidade do uso de armas de fogo (máquinas de elevado poder letal) sempre condiciona a moderação de seu porte nos momentos de folga, a ser feito conforme a previsibilidade da necessidade de seu emprego (análise essa que naturalmente os policiais realizam quanto à necessidade de portarem sua arma nos momentos de folga). Portanto, a indispensabilidade do uso da arma de fogo mesmo nos momentos de folga não pode ser invocada para justificar outra prerrogativa que não está ligada à mesma lógica dessa. Se assim fosse, outras profissões que também tem direito ao porte legal de arma de fogo (mesmo nos momentos de folga), como juízes, promotores de justiça, oficiais de justiça, funcionários do DETRAN etc., também teriam direito ao ingresso gratuito, o que é ilógico, pois porte de arma é uma coisa, direito ao ingresso gratuito em estabelecimentos comerciais é outra. Nem se diga o

mesmo em relação às imunidades parlamentares, que possuem uma natureza jurídica totalmente distinta da prerrogativa de ingresso gratuito em estabelecimentos comerciais. O parlamentar pode, mesmo fora da tribuna, não ser responsabilizado por suas palavras e opiniões, pois a livre manifestação de opiniões, mesmo em “folga”, é pressuposto do exercício do cargo; ainda assim, essa liberdade não permite ao parlamentar praticar excessos de ofensa à honra, sob pena de praticar uma falta de decoro parlamentar, que o sujeita ao processo de *impeachment*. Todas as prerrogativas de função estão ligadas ao exercício concreto da função.

Quanto à situação de recebimento gratuito de bebidas ou refeições, não há nenhuma disposição legal que permita ao policial obrigar o estabelecimento comercial a dar-lhe isenção de pagamento do seu consumo pessoal. Inicialmente, há que se destacar que, se o policial está no exercício da função (e não em folga), não deveria jamais estar consumindo bebidas alcoólicas e o consumo de alimentos seria limitado aos pequenos intervalos de refeições (momento no qual não há uma autoridade de exigir o recebimento de alimentos gratuitos de estabelecimentos comerciais, voltando o policial a agir como um cidadão). Ademais, o Estado não poderia transferir o ônus de alimentação, que é pessoal do policial, para um estabelecimento comercial. Aliás, em muitas situações, configura uma verdadeira “corrupção light” um policial aceitar refeições gratuitas ou benefícios de estabelecimentos comerciais, pois se o estabelecimento dá a gratuidade é porque há algum interesse na contrapartida, seja que os policiais vejam com



bons olhos aquele estabelecimento (relevem as eventuais ilegalidades ali praticadas) ou eventualmente favoreçam o comerciante com uma “atenção especial” no policiamento<sup>31</sup>. Ou ainda, há sempre o risco de o estabelecimento dar esses benefícios pelo receio de ter problemas ou retaliações dos policiais, de forma que o benefício seria obtido mediante uma coação implícita (inerente ao fato de o policial se qualificar como tal para solicitar o benefício pessoal).

Em última análise, a tese do policial 24 horas por dia, construída pela cultura policial, visa realizar uma distinção entre policial e cidadão, no sentido de que aquele nunca será um cidadão comum, é sempre um policial. Essa ideologia é perigosa, pois induz a uma supremacia constante do policial sobre os cidadãos mesmo em momentos de folga, ou seja, torna latente o uso das prerrogativas de autoridade da função pública para a esfera privada da pessoa que ocupa a função policial. A ideologia da superioridade contínua é, portanto, uma brecha perigosa para fomentar outras formas de abuso de autoridade. Quando a cultura policial passa a normalizar determinados benefícios pessoais

---

<sup>31</sup> Esse possível caráter espúrio fica documentado no depoimento de um ex-proprietário de casa noturna, prestado ao Jornal Gazeta do Povo sobre o tema das carteiradas: “Acredito que deve ser usado o bom senso... afinal não é de todo mal possuir dentro de um ambiente de festa um delegado, um policial federal, um conselheiro tutelar, entre outras pessoas que transformam o ambiente. Já administrei uma casa noturna e para resolver o problema dava desconto de 50% para o pessoal que usava distintivo e gratuidade para os delegados. Vai que você precisa se explicar na Delegacia?”. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/blog/anoitetoda/?id=711719&tit=a-maldicao-das->>. Acesso em: 9 set. 2011.

como um “abono salarial” ou compensação pelos supostos salários baixos, abre-se uma perigosa porta para que outras culturas de corrupção também possam florescer<sup>32</sup>.

## 2 Da Necessidade de Controle

Da análise dos argumentos anteriores conclui-se claramente que as normas que estabelecem a prerrogativa de ingresso gratuito em estabelecimentos comerciais ou de diversão devem sofrer uma “interpretação conforme a Constituição”, para serem interpretadas como legítimas, dando-se o sentido de que o ingresso gratuito em estabelecimentos comerciais ou o acesso preferencial sem fila apenas pode ocorrer no exercício da função. Ou seja, tais normas são destinadas a fomentar uma atividade de policiamento específica, uma atividade preventiva à prática de crimes ou conflitos (policiamento ostensivo), para concretamente evitar a prática de um crime, ou para deter o autor de um delito e investigar o delito, tudo dentro das atribuições do policial<sup>33</sup>. Também é inadmissível, em qualquer situação, obrigar um estabelecimento comercial a assumir o prejuízo de uma conta relativa aos alimentos consumidos por um policial no seu interior,

---

<sup>32</sup> Nesse sentido: Lemgruber et al., 2003, p. 41.

<sup>33</sup> Discussão do tema toma conotações tão dramaticamente corporativistas que alguns policiais chegam ao cúmulo de defender que essa prerrogativa pode ser usada em qualquer lugar do país, ou seja, mesmo estando em férias em outros estados, fora de suas atribuições locais, o policial ainda poderia manter a prerrogativa de ingresso gratuito em estabelecimentos comerciais (o que demonstra claramente a apropriação pessoal de prerrogativas públicas): Ver Queiroz, 2011.

por absoluta ausência de previsão legal dessa obrigação.

Parece-nos que o tema foi corretamente abordado em Portugal na disciplina do Estatuto Profissional da Polícia de Segurança Pública (DL n. 299/2009, grifo nosso), que prevê em seu art. 18<sup>34</sup>:

1. Ao pessoal policial, quando devidamente identificado e *em ato ou missão de serviço*, é facultada a entrada livre em estabelecimentos e outros locais públicos ou abertos ao público para a realização de ações de fiscalização ou de prevenção.
2. Para a realização de diligências de investigação criminal ou de coadjuvação judiciária, o pessoal policial, quando devidamente identificado e em missão de serviço, tem direito de acesso a quaisquer repartições ou serviços públicos, empresas comerciais ou industriais e outras instalações públicas ou privadas, em conformidade com as Leis n. 49/2008, de 27 de Agosto, e 53/2008, de 29 de Agosto, e as disposições aplicáveis do Código do Processo Penal.

Veja-se que o referido dispositivo claramente condiciona a prerrogativa de ingresso gratuito nos locais submetidos à fiscalização policial ao fato de o policial estar “em ato ou missão de serviço”, uma derivação lógica do postulado do Estado de Direito de vedação de apropriação pessoal de prerrogativas públicas. A reiterada veiculação de posições (pseudo) jurídicas por integrantes das carreiras policiais de que é admissível ao

---

<sup>34</sup> Idêntica regra existe para a Polícia Judiciária portuguesa, no art. 17.1 da Lei n° 37/2008, exigindo-se identificação do policial e sua situação concreta de estar em missão de serviço para justificar o livre ingresso nos locais sujeitos à fiscalização policial.

policial utilizar-se da identificação profissional para ingressar gratuitamente em casas de diversão para fins pessoais apenas pode ser justificada diante de uma baixa densidade de interiorização de princípios inerentes ao Estado de Direito no Brasil.

Cumpra agora analisar se, apesar da vinculação com o exercício da função, essa situação é passível de alguma forma de controle. Vejamos.

Se há uma situação de flagrante delito, com sinais exteriores já indicados, a vistoria policial deverá ser suficiente para documentá-la e já ensejar a autuação em flagrante (ou o esclarecimento dos fatos), mas nessa situação o policial estará claramente atuando no exercício de sua função. Se há apenas a suspeita da possível prática de algum crime e a atividade policial é de inteligência, visa colher informações, essa atividade deve ser exercida no âmbito de uma ordem de serviço; não é possível concede-se a um agente policial ou um policial militar a prerrogativa de iniciar de autoridade própria um procedimento de colheita de informações, visando esclarecer um delito, sem a formalização desse procedimento. Abrir mão dessa formalização seria criar um espaço de discricionariedade para o agente de polícia, consistente em abusar da prerrogativa da função para ingressar gratuitamente em estabelecimentos comerciais sem qualquer ligação concreta com uma atividade de inteligência criminal, portanto, um claro abuso.

Quanto às atividades de policiamento ostensivo de prevenção, a necessidade ou não de policiamento já deve estar

avaliada quando da obtenção de um alvará para o exercício da função. Em regra, cinemas, peças de teatro e boates não exigem policiamento público, a atividade de segurança é exercida em nível particular, portanto não se justificaria a presença de policiais militares nesses locais sob o argumento do policiamento preventivo. Já em apresentações de música ou eventos esportivos, é possível antever-se a necessidade de policiamento ostensivo. Todavia, os policiais serão devidamente escalados para trabalhar no evento e deverão estar devidamente uniformizados. Eventualmente, algum policial poderá estar à paisana para se infiltrar no grupo e recolher informações para repassar ao policiamento ostensivo, mas nessa situação ele estará claramente atuando numa missão específica e será identificado perante o organizador do evento pelo comandante da operação de segurança como um policial no exercício da função.

O problema não é tão comum com policiais militares, pois esses devem (em regra) estar fardados, o que já individualiza sua presença como sendo no exercício da função. Ademais, há regras proibitivas de beber em serviço para os policiais militares (crime previsto art. 202 do CPM), o que já inibe as situações de policiais militares fardados em bares ou boates. O problema é mais sério em relação aos policiais civis, que não se apresentam uniformizados e podem, em tese, argumentar que estariam realizando atividades de “inteligência criminal” ou quando policiais militares, mesmo em folga (à paisana), desejam ingressar gratuitamente em estabelecimentos comerciais.

Se o policial está efetivamente realizando uma atividade de inteligência criminal, infiltrando-se no *milieu* para receber informações da possível prática de crimes, é muito mais provável que essa diligência seja mais eficiente guardando-se a identidade de policial em sigilo. Se o dono do estabelecimento comercial sabe que a pessoa que ingressa é um policial, e isso será inevitável se o policial quiser ingressar sem pagar, pois terá de exhibir sua carteira funcional para tanto (ou então seria confundido com um caloteiro), e se o dono do estabelecimento estiver de alguma forma envolvido no esquema criminoso, então ele certamente irá comunicar as demais pessoas que há um policial na casa, e a eficiência da atividade de investigação será reduzida. Isso retiraria a eficiência de ações de fiscalização, por exemplo, de exploração da prostituição de menores ou de casa de prostituição (que poderiam justificar um ingresso em boates ou casas noturnas para receber informações). Aliás, no caso de tráfico de drogas no interior de boates ou casas noturnas, normalmente, há algum nível de acobertamento dos proprietários a justificar cuidados especiais para não revelar a identidade dos policiais aos funcionários do estabelecimento (já que a convivência do proprietário lhe pode ser conveniente, ao assegurar que os frequentadores do local achem no local as drogas que procuram, favorecendo o incremento da frequência para esse fim).

Restam, portanto, as situações de suspeita da prática e crime, sem envolvimento do dono do estabelecimento, como, por exemplo, a diligência de seguir uma pessoa suspeita da prática de crime, na qual seria necessário ao policial fingir ser

um dos frequentadores do local (cinema, bar, boate, restaurante). Novamente repisa-se que ingressar no estabelecimento comercial sem o conhecimento do dono (ou o funcionário responsável pelo controle de acesso) é sempre virtualmente mais eficiente para assegurar a não descoberta da atividade de infiltração ou a campana dissimulada no local e, para tanto, deve haver verba específica na polícia para assegurar o pagamento das entradas nessas hipóteses. Todavia, ainda que se considere que o conhecimento da identidade do policial não seria um fator redução da eficácia da diligência, é essencial o controle da diligência. Permitir, nessa situação residual (investigação ou inteligência relativas a crime praticado no interior de estabelecimento comercial, fora da situação de flagrante delito, no qual a identificação da identidade do policial ao funcionário que controla o acesso não prejudica a eficácia da diligência) que o policial ingresse gratuitamente no local sem qualquer controle pela polícia significa permitir, por via indireta, que todos os policiais que eventualmente abusam da função para ingressar gratuitamente nesses locais fora do exercício da função, em situação de folga, fiquem absolutamente impunes e não se altere efetivamente a atual cultura policial de representação dessa prerrogativa da função como um privilégio pessoal. O controle do uso dessa prerrogativa da função policial é um imperativo frente aos princípios do Estado de Direito, de eticidade, de vedação de espaços de arbitrariedades, de vedação de apropriação pessoal de prerrogativas públicas, da obrigatoriedade de prestar contas das atividades públicas e de sujeitar-se a mecanismos de controle (*accountability*).

Em síntese, nas situações de flagrante delito ou risco iminente de desastre, a própria situação de excepcionalidade e urgência na necessidade de uma intervenção já justifica por si só o ingresso gratuito de policiais, da mesma forma que autorizaria até mesmo o ingresso em um domicílio. Já na situação de atividades de inteligência criminal ou de investigação criminal, vislumbra-se que um grande número de situações de investigação exigirá o anonimato do policial no local, o que por si só inviabilizará o uso da prerrogativa de ingresso gratuito (que pressupõe identificação) e imporá a necessidade de a polícia ter uma verba especialmente destinada a essa situação. Já nas outras situações ordinárias em que haja necessidade de uma atividade de inteligência criminal ou de investigação, em relação à qual a descoberta do policial não a frustrar, há a prerrogativa de ingresso gratuito, que deve estar concretamente vinculada à necessidade de exercer uma função policial, motivada por indícios anteriores e documentada (antes ou depois) em relatórios. Essas atividades de ingresso gratuito deverão ser obrigatoriamente fiscalizadas.

### **3 Operacionalidade do Sistema de Controle dos Ingressos Gratuitos em Estabelecimentos Comerciais**

A prerrogativa de ingresso gratuito deve estar necessariamente acompanhada de um sistema de controle de seu uso, de forma a evitar desvios de finalidade. A existência de uma realidade de grande número de usos irregulares da prerrogativa legal (expressos na grande quantidade de manifestações favoráveis à existência de uma suposta prerrogativa de ingresso



gratuito mesmo fora do exercício da função) justifica um controle mais intensivo dessa prerrogativa, para fomentar uma alteração da cultura policial.

É factível arquitetar três sistemas de controles possíveis: o prévio e o posterior por iniciativa do policial e o posterior por iniciativa do estabelecimento comercial. Em verdade, o sistema mais aperfeiçoado de controle deveria conjugar os dois últimos métodos de controle. Pelo sistema de controle prévio, todo policial, para usar a prerrogativa, deveria estar previamente munido de uma ordem de missão específica, expedida por seu superior hierárquico, devendo apresentar, além de sua carteira funcional, a ordem de missão no momento do ingresso para justificar a restrição ao titular do estabelecimento (assim como é necessário um mandado judicial para as buscas domiciliares). Esse sistema seria o ideal para as situações ordinárias, à luz do princípio constitucional da transparência, mas não é eficiente para todas as situações. Primeiramente, vale repisar que não há necessidade de ordem judicial para ingressar em estabelecimentos comerciais abertos ao público em geral, com acesso mediante pagamento de ingressos, pois tais estabelecimentos equiparam-se a locais públicos para efeitos de fiscalização das autoridades públicas. Ademais, uma situação de urgência (não rara na atividade policial) pode justificar a impossibilidade ordinária de se providenciar uma ordem de missão prévia para a diligência no estabelecimento comercial. Esse controle prévio transfere ao particular a faculdade de julgar a legalidade da ação policial,

que deveria se presumir legítima, com o risco de eventualmente atrapalhar uma investigação legítima.

O sistema de controle posterior mediante relatório do agente policial é sem dúvidas uma necessidade decorrente da transparência interna da atividade policial. Como toda operação policial, é necessário realizar-se ao término da diligência um relatório indicando as ações que foram realizadas, onde o policial ingressou, por quanto tempo permaneceu no local, qual o motivo que justificou seu ingresso, as eventuais intercorrências durante a diligência e quais foram os resultados dessa diligência. O dever de documentação é uma derivação da necessidade de controle e do princípio do profissionalismo na atividade policial. Portanto, sempre que um policial necessitar utilizar-se da prerrogativa de ingresso gratuito em estabelecimentos comerciais deverá elaborar um relatório e encaminhá-lo à chefia imediata, para conhecimento e controle.

Pelo sistema de controle posterior por iniciativa do estabelecimento comercial, haveria uma possibilidade estimulada pelo poder público de o estabelecimento comercial anotar os dados dos policiais que ingressa gratuitamente em seu estabelecimento, quando da identificação do policial para ingressar (anotando sumariamente o nome do policial, matrícula, instituição, além do dia e horário do ingresso), e encaminhando obrigatoriamente esse formulário ao órgão de controle interno da instituição policial. Se o policial deve apresentar sua identificação funcional para ingressar gratuitamente no estabelecimento comercial, anotar

os dados seria apenas uma formalidade que levaria poucos instantes. Essa faculdade do estabelecimento comercial seria utilizada nas situações em que ele suspeitar que haja um uso ilegítimo da prerrogativa policial (como no ingresso de policiais em cinemas, boates ou espetáculos) e deve haver uma orientação institucional para não haver retaliações ao utilizar-se da faculdade conferida ao estabelecimento comercial. Esse órgão de controle interno realizaria a conferência se o policial que ingressou no estabelecimento comercial estava no exercício da função policial, se estava dentro de suas atribuições territoriais e em razão da matéria, se havia concretamente uma ordem de serviço (ou uma necessidade urgente que impediu a expedição da ordem de serviço), tudo a documentar a lisura do procedimento.

O encaminhamento deve centralizar-se no órgão de controle interno e não na chefia imediata, para impedir eventual leniência corporativa. Cremos que o mais correto seria uma conjugação dos dois métodos, sempre que possível havendo documentação da ordem de serviço, inclusive para prestar contas ao afetado pela restrição do seu direito (liberdade comercial), ou, não sendo possível, permitindo-se o acesso imediato, em qualquer situação com o controle da identificação do policial e remessa obrigatória da informação para o órgão de controle interno. Nessa situação, seria tarefa do órgão de controle externo da atividade policial fiscalizar se o órgão de controle interno implementou um mecanismo de controle suficientemente eficiente e se está efetivamente

colocando-o em prática. Ainda assim, haveria a situação residual de um policial necessitar de ingresso imediato, por um motivo de urgência (não perder de vista a pessoa seguida pela polícia, risco de acidente, suspeita concreta e iminente de um atentado), situação na qual seria permitido ao policial explicar rapidamente a situação e já ingressar imediatamente, formalizando-se o controle posteriormente; mas novamente essa será uma situação excepcional, claramente identificável como exercício da função (e não aquilo que ordinariamente se vê)<sup>35</sup>. Nada impede que o

---

<sup>35</sup> No Distrito Federal, o tema está regulamentado pela Portaria Conjunta SSP/PMDF, CBMDF/PCDF n. 7, de 26 jun. 1999 (alterada pela Portaria Conjunta n. 11, de 28 set. 1999). Por sua relevância, transcreve-se a portaria: “Art. 1º Os policiais civis e militares e os bombeiros militares do Distrito Federal têm porte livre de arma, em todo território nacional, nos termos do Decreto 2.222/97, alterado pelo Decreto 2.532/98, e franco acesso, *quando no exercício de suas atividades*, a todas as casas de diversões públicas e outros locais sujeitos à fiscalização da polícia no Distrito Federal, devendo as autoridades prestar-lhes todo o apoio e auxílio necessários ao desempenho de suas atribuições. Art. 2º Para o franco acesso aos estabelecimentos que dispõe o artigo anterior, o policial deverá identificar-se ao funcionário responsável pelo local, apresentando sua carteira funcional, de modo que possibilite a efetiva ciência de seu nome, cargo e matrícula. Art. 3º As casas de diversões públicas e outros locais sujeitos à fiscalização da polícia manterão registro próprio, na forma do anexo, de maneira a proporcionar ao funcionário responsável *a anotação de nome, cargo e matrícula* do integrante de quaisquer das instituições de que trata esta Portaria Conjunta, a quem foi franqueada a entrada no estabelecimento, devendo *encaminhar cópia dos registros mensais à Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal*, para controle. Art. 4º Os casos omissos e as dúvidas surgidas serão solucionados pelo Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal. Art. 5º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial do Distrito Federal, revogadas

estabelecimento comercial encaminhe a informação ao Ministério Público, para ciência (o que pode ser especialmente útil nos locais em que houver uma conivência da Corregedoria de Polícia com o uso da prerrogativa de ingresso gratuito fora da função).

Ao receber a comunicação, o órgão de controle interno deve repassá-la à chefia imediata do policial para documentar-se a ordem de missão que estava sendo cumprida ou o relatório de missão realizado, realizando-se, posteriormente, uma análise da pertinência da justificação apresentada (uma análise provavelmente não exauriente, apenas de plausibilidade da diligência investigativa e de ausência de razões manifestamente abusivas ou pessoais). Também deveria haver a previsão de uma falta disciplinar para o uso da prerrogativa funcional de ingresso gratuito fora do exercício da função, ou para a prestação de

---

as disposições em contrário” (grifo nosso). Todavia, há uma divergência dessa portaria com a posterior Lei Distrital n. 2.835/2001, que prevê em seu art. 55 que “Os policiais civis do Distrito Federal, sem distinção, têm porte livre de arma, válido em todo o território nacional, e franco acesso a todas as casas de diversões públicas e outros locais sujeitos à fiscalização da polícia, devendo as autoridades civis e militares prestar-lhes todo o apoio e auxílio necessários”, ou seja, prevê a prerrogativa sem explicitar que ela deve ser utilizada “quando no exercício de suas atividades”; obviamente, ainda que não haja explicitação da circunstância que justifica o uso da prerrogativa, é essencial uma interpretação conforme a constituição, em especial diante dos princípios da igualdade, da proporcionalidade, do Estado de Direito, da impessoalidade e moralidade administrativas, para se interpretar o dispositivo no sentido de que necessariamente o uso da prerrogativa da função deve estar ligado ao exercício concreto da função. Quanto à declaração de inconstitucionalidade dessa lei distrital por vício de competência legislativa, ver comentários na nota de rodapé no início dessa seção.

informações falsas no procedimento de controle (além da eventual falta criminal). O simples fato de o policial ser obrigado a prestar contas da legalidade de suas atuações já imporá um limite natural ao abuso da função. Se nem sempre é possível prestar uma explicação ao proprietário comercial das razões que justificam o ingresso policial gratuito (*accountability* externa, diante do eventual risco de desfavorecer uma investigação legítima), o Estado de Direito exige que se criem mecanismos de prestar contas dentro da própria instituição (*accountability* interna).

Esse sistema de controle deve ser criado e divulgado pelo próprio órgão de controle interno da atividade policial, com campanhas educativas dentro da instituição para conscientização dos limites da prerrogativa legal e campanhas perante os órgãos de representação das associações de comerciantes para divulgação da necessidade do cadastro dos acessos dos policiais. Bom seria que o controle fosse obrigatório pelos proprietários de estabelecimentos comerciais. Todavia, as instituições policiais não podem obrigar os estabelecimentos comerciais a realizarem o controle, pois tal consistiria na imposição de uma obrigação sem previsão legal. Mas tal controle pode ser criado a partir de mera regulamentação administrativa interna e colocado à disposição dos estabelecimentos comerciais e a sua realização pode e deve ser incentivada pelo órgão de controle interno, como instrumento de política criminal de redução desse desvio policial. E o controle é feito no interesse dos estabelecimentos comerciais de evitar que sejam vítimas de usos abusivos da identificação funcional e, portanto, necessita de sua cooperação.

A realização de ingresso gratuito ou de acesso preferencial em estabelecimentos comerciais fora do exercício da função é claramente um caso de “pequena corrupção”, na qual os policiais se apropriam pessoalmente de prerrogativas institucionais e as usam em benefício próprio. Trata-se da representação de que, se no exercício da função, os policiais podem ter acesso a determinados lugares gratuitamente, então eles também devem poder ter acesso gratuito a tais locais nos momentos de lazer pessoal. As teses que procuram justificar esse desvio da função, sempre produzidas e reproduzidas no meio policial, são, em verdade, fruto da produção de um (pseudo) conhecimento derivado de uma afirmação de poder. Essa argumentação policial de justificativa do privilégio está diretamente impregnada de valores corporativos que condicionam a tentativa de legitimação de um poder conveniente, que satisfaz interesses pessoais partilhados em comum, e que se erige em verdadeira ideologia institucional<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Foucault já dizia que todo conhecimento é formado e condicionado a partir das relações de força e de poder político na sociedade, já que o sujeito do conhecimento existe dentro de suas circunstâncias: “[...] as condições políticas e econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade”; Foucault, 2003, p. 27. E ainda: “O poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber” (Ibidem, p. 51). No caso policial não é diferente: as diversas manifestações de justificação do uso da prerrogativa legal fora da função são claramente um uso político do suposto conhecimento de justificação apresentado.

Além de ser uma ilegalidade, essa prática fomenta a cultura de desvio policial, pois reforça na cultura policial a representação de que há uma cisão entre policiais de um lado e cidadãos de outro, que os policiais não são cidadãos comuns, eles estão acima da população em geral, estão acima das leis<sup>37</sup>, pois possuem privilégios pessoais extensíveis à vida privada que outros não possuem, e que podem, portanto, tirar proveito pessoal da instituição. Esses são os mesmos ingredientes dos grandes atos de corrupção. Tal prática também fomenta a representação de que policiais não precisam pagar pelo que fazem, induzindo laços promíscuos de solidariedade corporativa que podem desaguar no acobertamento dos desvios praticados por outros policiais, pois as premissas são as mesmas. Trata-se de uma expressão da cultura do “você sabe com quem está falando?”, que representa a supremacia das relações de poder pessoal sobre a igualdade perante a lei, na qual as relações de poder são ordinariamente chamadas a quebrar o império da lei em favor de um império da cumplicidade e do abuso de poder, tão arraigados na cultura brasileira<sup>38</sup>. O apego aos valores democráticos deve ser uma constante no exercício da

---

<sup>37</sup> Argumentando que, na cultura policial, há a representação de que os policiais estão acima das leis: Skolnick e Fyfe, 1993, p. 134 et seq. Também argumentam que essa representação cultural que policiais são a blue thin line (a delicada película de proteção da sociedade), que devem proteger-se reciprocamente, que estão acima de responsabilizações e não devem prestar contas à sociedade do uso das suas prerrogativas funcionais, é um dos principais fatores que potenciam desvios policiais.

<sup>38</sup> Sobre o tema do “dilema brasileiro”, da dualidade de regramentos (aos “indivíduos” a lei, às “pessoas” os benefícios das relações de poder), ver o clássico estudo de Matta, 1981 (cap. IV).



atividade policial, seus agentes devem ter sempre presente que as prerrogativas profissionais devem ser usadas no estrito interesse da sociedade (que lhes outorgou as prerrogativas), que fora do exercício concreto de atividades de policiamento eles recobram sua qualificação de cidadãos comuns, circunscritos pelo princípio da igualdade nas relações sociais. Essas pequenas brechas de arbitrariedade devem ser fechadas para que não venham evoluir (em alguns policiais específicos, sob condições ambientais específicas) para formas mais complexas e elaboradas de desvios.

A “carteirada”, portanto, é uma prática que deve ser proscrita e severamente repudiada pelas direções dos órgãos policiais. Sua prática, além de ser uma imoralidade, constitui o crime de concussão ou abuso de autoridade (conforme o valor da vantagem que se pretende obter), bem como constitui ato de improbidade administrativa.

#### **4 Qualificação Criminal da “Carteirada”**

Sobre a qualificação jurídica do ato de ingressar gratuitamente em estabelecimentos comerciais, de forma abusiva fora do exercício da função, há duas figuras típicas que podem amoldar-se aos fatos: a concussão ou o abuso de autoridade (na modalidade causar prejuízo a outrem).

Tecnicamente, o fato amolda-se à descrição do tipo penal de concussão (exigir para si, diretamente, em razão da função, vantagem indevida), previsto no art. 316, *caput*, do CP (ou no art. 305 do CPM, para os policiais militares). O ato de exigir refeições gratuitas configura-se claramente nesse dispositivo legal, já que

não possui qualquer amparo legal. Talvez a eventual discussão jurídica seja quanto ao ingresso gratuito em estabelecimentos comerciais, fora do exercício da função, mas prevalecendo-se dela, diante do pequeno valor da vantagem que se pretende obter e de sua eventual relação com o princípio da insignificância. Todavia, há que se ter em mente que o crime de concussão não está ligado ao valor da vantagem que é obtida, que, aliás, nem precisa ser patrimonial, pode ser uma vantagem de outra índole, já que a objetividade jurídica desse crime é a probidade da função pública (o tipo penal prevê o gênero vantagem, de que são espécies a vantagem patrimonial e a vantagem não patrimonial). Portanto, não interessa o valor patrimonial da vantagem exigida, a objetividade jurídica está ligada à exigência de algo que é indevido prevalecendo-se da função<sup>39</sup>. Um policial que, fora do exercício da função, exige a entrada gratuita em cinemas, apresentações, boates, está pretendendo obter uma vantagem que a lei não lhe permite obter, pois essa prerrogativa está limitada ao exercício da função. A conduta de exigir significa “exigir, impor como obrigação, ordenar, reclamar vantagem indevida, aproveitando-

---

<sup>39</sup> Nesse sentido, sobre a inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de concussão, decidiu o STJ: “O bem jurídico que se visa resguardar no crime de concussão é a Administração Pública, a confiabilidade de seus agentes. Inobstante a exigência de quantia mínima da vítima (quarenta reais), não é hábil a desqualificar a conduta a ponto de torná-la atípica por aplicação do princípio da insignificância, pois houve lesão ao Estado, sujeito passivo do crime”; STJ, RHC 17.974/SC, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª T., j. 13 dez. 2005, DJ 13 fev. 2006, p. 848. Ver ainda: STJ, RHC 8.357/GO, rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., j. 15 abr. 1999, DJ 25 out. 1999, p. 99.

-se o agente do *metus publicae potestatis*, ou seja, do temor de represália a que fica constrangida a vítima; não é necessário que se faça a promessa de um mal determinado, basta do temor genérico que a autoridade inspira, que influa na manifestação volitiva do sujeito passivo”<sup>40</sup>. Quando o policial solicita a entrada gratuita mediante exibição da carteira funcional, ele está exigindo sua entrada, sob a ameaça direta de haver consequências negativas contra a pessoa que negar seu acesso. Isso porque, em regra, não cabe ao particular avaliar se o policial está agindo dentro ou fora de sua função, cabendo-lhe apenas atender à requisição de uma autoridade pública de ingressar no estabelecimento em razão de sua função (ressalvamos uma situação excepcional de estar claramente patente que o policial não está no exercício da função – por exemplo, um policial militar a paisana, com sua namorada ou com família, tentando ingressar gratuitamente em cinema ou boate, ou vestido com a camisa do time para assistir um jogo de futebol, situações em que haveria claramente uma legítima defesa contra o abuso policial). A exigência é especialmente caracterizada pelo fato de se tratar de uma autoridade pública de polícia, que poderá prender em flagrante o funcionário que não deseja permitir o ingresso do policial, pelo suposto crime de resistência (opor-se à execução de ato legal) ou de desobediência<sup>41</sup>,

---

<sup>40</sup> Mirabete, 2005, p. 2345.

<sup>41</sup> Ver notícia de gerente de cinemas em Maceió/AL, que foi presa por policiais após ter negado o ingresso gratuito no cinema: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1525279-5598,00-GERENTE+E+DETI DA+APOS+BARRAR+POLICIAIS+EM+CINEMA+EM+MACEIO>>.

usar da força contra as pessoas que obstam seu ingresso<sup>42</sup>, havendo ainda o receio concreto de o estabelecimento comercial vir a sofrer represálias do policial (como abordagens reiteradas em todos os clientes do estabelecimento – em situações que provavelmente não ocorreriam se não houvesse o confronto com o policial – que acabam por gerar prejuízos ao proprietário em razão da diminuição do movimento no local, ou ainda a negativa da prestação da atividade de segurança nas imediações do local). Essa prática de abusar da função para ingressar gratuitamente em estabelecimentos comerciais denigre de forma séria a probidade administrativa, pois transmite à população (que presencia o

---

html>, acesso em: 12 set. 2011. Nesse caso, os policiais argumentaram que tentavam realizar uma investigação de tráfico de drogas no interior do cinema (aliás, recentemente inaugurado). Segundo manifestação do MPF, em verdade o funcionário não pode negar o ingresso de policiais que se identificam como tais, ele deve apenas providenciar a anotação do nome desses policiais e a posterior remessa desses nomes à Corregedoria de Polícia ou ao Ministério Público, para fiscalização a posteriori. Portanto, todo uso da prerrogativa legal é acompanhado de uma ameaça latente, o que torna a exibição da carteira funcional uma “exigência” de ingresso. Nesse sentido: Decisão n. 009/2008-VF/MPF/PRDF.

<sup>42</sup> Ver caso de delegado de polícia que ingressou à força no estádio de futebol Ipatingão, para assistir o jogo de futebol do Cruzeiro vs. Grêmio Prudente em 13 ago. 2010. Ver filmagem do episódio no Jornal de Alterosa, disponível em: <[http://www.alterosa.com.br/html/noticia\\_interna.id\\_sessao=9&id\\_noticia=39077/noticia\\_interna.shtml](http://www.alterosa.com.br/html/noticia_interna.id_sessao=9&id_noticia=39077/noticia_interna.shtml)>, acesso em: 13 set. 2011. Ver ainda o caso de policial federal que ingressou gratuitamente em boate em Rondônia, permaneceu no local por várias horas em diversão, e, ao final, recusou-se a pagar a conta, no valor de R\$ 270,00, e diante da insistência dos funcionários no sentido de que teria que pagar a conta, sacou de sua arma e realizou ameaças de que, como policial, não precisaria pagar a conta; o policial foi denunciado por concussão, abuso de autoridade e ameaça; conferir em Machado, 2009.

evento) e aos funcionários que policiais estão acima da lei, que não são iguais aos demais cidadãos mesmo em suas relações privadas. Há clara lesão ao dever de honestidade inerente à função policial. Portanto, a conduta de estar fora de uma atividade concreta de policiamento, mas se prevalecer da função para ingressar gratuitamente em estabelecimentos comerciais, configura o crime de concussão<sup>43</sup>.

É claro que, diante de outras possíveis formas de concussão, como a exigência mediante violência de valores de pessoas, a situação do ingresso gratuito em estabelecimentos comerciais afigura-se substancialmente menos gravosa. Todavia, para essa distinção é que existe a possibilidade de aplicar-se a pena entre o mínimo e o máximo da previsão legal abstrata de pena. No caso em comento, certamente a pena deveria ficar próxima do mínimo legal (no caso de não haver concretamente uso de ameaças contra funcionários).

É possível que algum policial argumente erro de tipo, afirmando que não sabia que a situação configurava crime, pois acreditaria sinceramente que tinha o direito de ingressar gratuitamente em estabelecimentos comerciais mesmo fora da função, diante da representação coletiva na cultura policial dessa possibilidade. Se o Ministério Público deseja realizar um trabalho de proscricção dessa prática ilegal, é conveniente antes de iniciar qualquer ação concreta expedir uma recomendação à direção

---

<sup>43</sup> Em sentido semelhante, com interessante argumentação: Bento, 2005.

da polícia para que informe os policiais da ilegalidade dessa prática, que configura crime de concussão e ato de improbidade administrativa, de forma a elidir qualquer argumentação de erro de tipo<sup>44</sup>.

Diante da menor gravidade dessa forma de concussão, melhor seria, *de lege ferenda*, que houvesse a previsão de uma forma privilegiada de concussão (ou em tipo separado), com pena menos elevada que a do tipo principal. Há o risco de que, diante da gravidade da pena e da natural convivência que existe com os desvios de servidores públicos em geral, a persecução penal não encontre respaldo perante o poder judiciário e a situação fique sem qualquer punição concreta efetiva, de forma que a impunidade reforce a naturalidade dessa prática.

No sentido de admitir uma punição menos grave, o MPF/PRDF proferiu a Decisão n. 009/2008-VF/MPF/PRDF, (decisão proferida no bojo de procedimento administrativo de controle externo da atividade policial), na qual considera que a conduta de policiais em ingressar gratuitamente em apresentações de espetáculos ou em boates, fora do exercício da função, constitui o crime de abuso de autoridade, na modalidade “ato lesivo da honra

---

<sup>44</sup> Ressalte-se que é de ampla circulação em sites de internet ligados à atividade policial uma manifestação do MPF (Decisão n. 009/2008-VF/MPF/PRDF) que entende que é ilegal o uso da prerrogativa funcional fora do exercício da função (concretamente aferido), o que por si, provavelmente, já afastaria a maioria o erro de proibição. Se apesar de saber a posição institucional do Ministério Público um policial insiste em sua posição torcida sobre a lei, está assumindo o risco de sua posição: a de ser processado criminalmente pelo Ministério Público.

ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal” (art. 4º, “h”, da Lei n. 4.898/1965). Com efeito, a conduta do policial efetivamente causa uma lesão ao patrimônio da empresa (ao deixar de arrecadar o valor do ingresso) e o ato é praticado com desvio de poder, já que o ingresso gratuito deveria ser utilizado para viabilizar o exercício de uma atividade policial e não para o benefício pessoal do policial. Em termos de adequação típica, há uma diferença entre ambos os tipos penais: apesar de em ambos haver o prejuízo pelo estabelecimento comercial (não pagamento dos ingressos), no abuso de autoridade, não há obtenção de qualquer vantagem pessoal pelo policial, enquanto que no caso da concussão há a obtenção da vantagem pessoal. A interpretação do MPF apenas seria possível caso se aceite a aplicação do princípio da insignificância quanto ao conceito de “vantagem” na concussão, para entender que haveria uma “desclassificação” da situação para mero abuso de autoridade. Há precedente do STJ entendendo que a conduta de, estando fora do exercício da função, exibir carteira funcional para invocar a autoridade do cargo configura o crime de abuso de autoridade<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> STJ, AgRg no Ag 5.749/SP, rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, 6ª T., j. 4 dez. 1990, DJ 17 dez. 1990, p. 15391; conferir: “Abuso de autoridade. Quando ocorre. Invocação a autoridade de Promotor de Justiça. Comete o delito o agente que, mesmo não estando no exercício da função, age invocando a autoridade do cargo, com exibição da carteira funcional. Negado provimento ao recurso”. Nesse processo, um promotor de justiça da comarca de Cravinhos/SP, estando fora do exercício da função e inclusive fora de sua comarca (em Ribeirão Preto), dirigiu-se a um estabelecimento telefônico para efetuar chamada telefônica para sua namo-

Portanto, apesar de a configuração penal ser estritamente a do crime de concussão, a desclassificação da conduta para o crime de abuso de autoridade, diante da insignificância do valor da vantagem, parece melhor atender às finalidades político-criminais de repressão à conduta. Assim, uma entrada gratuita em um cinema (valor irrisório) seria melhor tipificada como abuso de autoridade; já o ingresso numa apresentação musical de artistas internacionais, com ingressos de valores elevados, será melhor qualificada como concussão. Há que se reconhecer que a desclassificação da conduta para o abuso de autoridade tem a vantagem de assegurar que ao menos algum tipo de resposta penal seja dada à situação, pois se trata de uma infração penal de menor potencial ofensivo, em relação à qual será possível a celebração de transação penal, portanto com um valor profilático adicional para permitir a mudança de práticas e da cultura policial<sup>46</sup>.

---

rada, todavia não conseguiu realizar pelo fato de estar fora do horário de atendimento (após as 22h); após identificar-se como promotor de Justiça e afirmar que era imperioso realizar a ligação telefônica, a gerente permitiu-lhe realizar a ligação; após a ligação, o promotor de Justiça deu voz de prisão às funcionárias pelo suposto crime contra a economia popular. No julgamento, o STJ entendeu que, mesmo estando fora do exercício de sua função (em outra comarca), o Promotor de Justiça invocou sua autoridade para determinar a prisão das funcionárias e requisitou à autoridade policial a lavratura da prisão em flagrante. Portanto, a situação se configuraria como abuso de autoridade.

<sup>46</sup> O problema dessa estratégia de desclassificação seria que ela permitiria tornar atípica a conduta de “furar filas” em bares ou restaurantes mediante o uso da prerrogativa da função (mas sem deixar de pagar a conta), situação na qual o agente abusa da autoridade da função, obtém uma vantagem pessoal (não esperar na fila), mas que não possui valor patrimonial. Não há, portanto, prejuízo patrimonial ao estabelecimento comercial, apenas o



## 5 Considerações Finais

O fenômeno da “carteirada” consiste na manifestação mais evidente de que muitos policiais ainda não internalizaram completamente os valores democráticos. Trata-se de um grave problema social, não apenas aos proprietários de estabelecimentos comerciais, mas também aos consumidores que são preteridos nas filas e que acabam suportando o ônus da socialização dos prejuízos. Mas, especialmente, é um problema de todos os cidadãos, pois acabam tendo que conviver com policiais que possuem dificuldades de compreender a diferença entre as prerrogativas do cargo, que devem ser utilizadas no interesse público, e seus interesses exclusivamente privados. O esvanecimento desses limites é um dos mais perigosos fatores de risco à prática da corrupção e arbitrariedades policiais.

Cabe ao Ministério Público, em sua função de exercer o controle externo da atividade policial, zelar pelos fundamentos do Estado Democrático de Direito e pela correção de ilegalidade ou abuso de poder (LC n. 75/1993, art. 3º, alíneas “a” e “b”). Espera-se que também o Ministério Público seja eficiente em sua missão constitucional.

---

abuso da autoridade, com lesão à moralidade administrativa e à impessoalidade. Nessa situação, a conduta deve preferencialmente ser sancionada como falta disciplinar. A conduta também configura ato de improbidade administrativa, na modalidade ato que atenta contra os princípios da Administração Pública, com fim diverso daquele previsto em lei ou regra de competência (Lei n. 8.429/1992, art. 11, I).

**Title:** Misuse of Police Badge

**Abstract:** This article analyzes the arguments, both pro and con, to the behavior of police officers who misuse their badges to enter freely in commercial facilities, outside the exercise of police activities, for personal intentions. It concludes that it is not possible to accept personal privileges and that usual arguments used to justify this personal use of police identification are incompatible with the Rule of Law standard. It also concludes that it is necessary to establish mechanisms of control to this conduct deviation, which is a form of authority abuse.

**Keywords:** Police badge misuse. Free entrance. Commercial facilities. Rule of law. Control. Authority abuse.

## Referências

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de processo penal*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Pedro Paulo Pereira. O policial militar fora da atividade de policiamento ostensivo e sua competência para lavrar o auto de infração de trânsito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1876, 20 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11624>>. Acesso em: 19 set. 2011.

BENTO, Thiago Xavier. Carteirada é crime? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 706, 11 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6885>>. Acesso em: 12 set. 2011.

BOULOC, Bernard. *Procédure pénale*: précis. 22. ed. Paris: Dalloz, 2010.

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

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1941.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CÓDIGO de processo penal: comentários e notas práticas (Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto). Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. A ‘Carteirada’ e o seu (des)controle. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 13 maio 2009. Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2\\_Valdinei\\_Coimbra&ver=300](http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2_Valdinei_Coimbra&ver=300)>. Acesso em: 13 set. 2011.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 28. ed. São Paulo: Vozes, 2004.

GOMES, Celio. Presidente do CSA acusa policiais de carteirada nos jogos de futebol. *Gazetaweb*, 11 jan. 2011. Disponível em: <<http://celiogomes.blogspot.com/2011/01/11/presidente-do-csa-acusa-policiais-de-carteirada-nos-jogos-de-futebol/>>. Acesso em: 13 set. 2011.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de processo penal anotado: legislação complementar*. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2012.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignácio. *Quem vigia os vigias?: um estudo sobre o controle externo da polícia no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 8.

MACHADO, Altino. *Carteirada federal*. Rio Branco, 14 jul. 2009, Disponível em: <<http://altino.blogspot.com/2009/07/carteirada-federal.html>>. Acesso em: 13 set. 2011.

MARABÁ (PA). *Ofício n. 14/2011-GABJUD*, de 11 de abril de 2011. Ofício do Juiz de Direito César Dias de França Lins,

Titular da 1ª Vara da Comarca de Marabá ao Superintendente de Polícia Civil do Pará, informando sobre o uso abusivo de identificação pessoal para ingresso em estabelecimentos de diversão. Marabá, PA, 2011.

MATTA, Roberto da. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PEREIRA, Márcio Ferreira Rodrigues. O agente policial, durante o período de folga, tem o dever de prender em flagrante? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2631, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17388>>. Acesso em: 18 set. 2011.

QUEIROZ, Flaubert Leite. *Carteirada policial, abuso ou prerrogativa?* Maceió, 12 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.delegados.com.br/juridico/carteirada-policial-abuso-ou-prerrogativa.html>>. Acesso em: 13 set. 2011.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2008. v. 7

SKOLNICK, Jerome H.; FYFE, James J. *Above the law: police and the excessive use of force*. Nova Iorque: The Free Press, 1993.

SOUSA, António Francisco de. *A polícia no Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WACQUANT, Loïc. *Les prisons de la misère*. Paris: Raisons d’Agir, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

---

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

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A “carteirada” policial. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 337-403, 2014. Anual.

---

**Submissão:** 12/6/2014

**Aceite:** 24/8/2014



---

# Direitos Humanos e Segurança Pública: a Insuperável Dissociação

## Tiago Borges Fonseca

Analista Judiciário – Área Judiciária do Superior Tribunal de Justiça. Especialização em Direito Público – Faculdade Projeção. Especialização em Ordem Jurídica e Ministério Público – FESMPDFT. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

**Resumo:** O Estado brasileiro insiste em estimular uma concepção de Segurança Pública desvinculada dos Direitos Humanos. As construções legislativas que ousaram romper com esse paradigma não repercutem de forma satisfatória no campo prático. A Teoria Crítica dos Direitos Humanos tenta estreitar essas relações, reclamando uma atuação conjunta entre Estado e sociedade na tentativa de concretizar o que vem exposto na legislação pátria e exigir uma nova concepção em que tais direitos são retirados da retórica e colocados em prática.

**Palavras-chave:** Segurança pública. Direitos humanos. Teoria crítica. Justiça criminal.

**Sumário:** 1 Por onde não Começar. 2 O Tempo Cairológico e os Direitos Humanos no Brasil. 3 Segurança Pública e o Sistema de Justiça Criminal: nunca Serão? 4 Onde está a Lei 11.530/07? 5 Verás que um Filho Teu não Foge à Luta: o Necessário Diálogo com a Sociedade. 6 O Fim e o Começo da Utopia - ainda é Preciso Caminhar. Referências.

## 1 Por onde não Começar

Quando se quer começar um discurso que pretenda ser verdadeiro a primeira atitude a ser tomada é tentar se desvencilhar das construções lógico-abstratas que insistem em permear grande



parte do cenário jurídico-teórico-filosófico contemporâneo e mergulhar nas realidades existenciais de cada sociedade. A inquietude do saber, em vários momentos, promove façanhas intelectuais que acabam por envolver o autor/interlocutor em discussões que não possuem nenhuma aplicabilidade prática em vista de se tratarem de meros construídos abstratos. Isso não é interessante para teoria, não é interessante para sociedade e jamais conseguirá suprir os anseios dos Estados Constitucionais atuais.

A preocupação maior daqueles que se propõem enfrentar os atuais paradoxos existenciais do humano é conseguir realizar caminhos em que texto e contexto possam convergir em prol de um bem comum: a efetivação da dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, na tentativa de não cair nas armadilhas lógico-abstratas do intelecto, tomar-se-á por base aquilo que afirma Dworkin (apud ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 14): “[...] derecho nos es una entidad natural, sino una construcción lingüística y simbólica cuya consistencia conceptual y fuerza vinculante dependen en gran parte del empeño cívico e intelectual de sus intérpretes.” A intenção é trazer para dentro do cenário jurídico-social brasileiro possibilidades de se pensar o novo, imaginar novos mundos em que texto e contexto possam ser efetivados, em especial, quando se tratar dos abismos encontrados entre Segurança Pública, Justiça Criminal e concretização dos Direitos Humanos.

As dificuldades encontradas e os limites destas páginas possuem a nítida noção de que tais temas não serão esgotados,

pelo contrário, serão trazidos a lume para que possam, ao menos, promover a discussão que a sua complexidade reclama. Buscar-se-á, assim, uma abordagem teórica que esteja comprometida com as necessárias mudanças sociais, políticas, culturais, jurídicas e econômicas. Dessa maneira, será possível dar azo às práticas emancipatórias já existentes e que venham a ser criadas, no intuito de fornecer o combustível suficiente para realização concreta da dignidade da pessoa humana.

Levar-se-á em consideração a teoria crítica dos direitos humanos, assim como proposta por Joaquín Herrera Flores (2009), a fim de que tais direitos passem a ser entendidos como produtos culturais aptos a promover essa realidade normativa, no sentido de rechaçar verdades abstratas, construídos acabados, imutáveis por natureza e seja possível reconhecer os anseios contemporâneos na perspectiva de estabelecer o correto diálogo entre Estado e sociedade em prol de uma urgência esquecida: que os direitos precisam sair do papel para serem vistos em nosso cotidiano.

## **2 O Tempo Cairológico e os Direitos Humanos no Brasil**

É interessante como a inversão de paradigmas em muitos casos sequer é enxergada. Em sociedades como a brasileira, diversos nichos jurídico-sociais se formam a fim de efetivar o impossível, solucionar o que não tem solução, exatamente por se esquecerem da premissa, que se está tratando de vícios de origem, de causa e não de efeito. Ocorre que essa constatação é complexa, demanda uma maior atenção e é impossível de ser feita a priori,

como se o tema não merecesse uma reflexão contida nos reais problemas enfrentados pelas sociedades atuais. Essa inversão necessária de paradigmas chega a ser cômica, para não dizer trágica, quando deparada com o discurso da maioria daqueles que compõem *el Estado Constitucional* (CARBONELL, 2003).

Melhor explicando, é comum se deparar com falas desacreditadas que insistem em afirmar que os problemas atuais como política, desigualdade social, crise do direito (e por que não da democracia?) não possuem solução. Por consequência, tais problemas permanecerão nos *status quo* de sempre em sociedades como as da América Latina. Até as falas incrustadas nos movimentos sociais em voga no Brasil, embebidas do sentimento de insatisfação existencial, em sua maioria, não conseguem compreender qual seria realmente a mudança almejada. A pergunta a se fazer é por que desses antagonismos? Onde estão os sujeitos dessas relações que insistem em sair de lugar nenhum para chegar a lugar algum?

Em tempos de mobilização social, insatisfações com o que ocorre nos entornos sociais que formam um país de dimensões continentais como o Brasil, muitas pessoas ainda insistem em acreditar no discurso da universalidade dos direitos, das divisões em gerações, no *pamprincipiologismo*, na falaciosa verdade que o pouco que se está fazendo, só está assim porque ninguém propôs algo melhor. Até quando essas perguntas sem respostas concretas irão nos satisfazer?

A princípio, já não satisfazem, ao passo que quando a construção teórica não satisfazer os anseios das realidades existenciais em que se situa, pior deve ser para teoria, que precisa ser revista o quanto antes, obrigando algo que vem sendo esquecido com passar dos tempos: o papel da doutrina é doutrinar e não ser doutrinado. Um excerto retirado da obra de Slavoj Žižek (2009), citado por Suxberger (2011, p. 99), elucida bem essa etapa paradoxal vivenciada por parte da doutrina brasileira:

Un análisis crítico de la actual constelación global - que no ofrece soluciones claras, ningún consejo ‘práctico’ sobre qué hacer, y no señala luz alguna al final del túnel, pues uno es consciente de que esa luz podría pertenecer a un tren a punto de arrollarlo - que menudo va seguido de un reproche: ‘¿Queires decir que no deberíamos hacer nadie? ¿Simplemente sentarnos y esperar?’. Deberíamos tener el coraje de responder: ‘¡Sí, exactamente eso!’. Hay situaciones en que lo único verdaderamente “práctico” que cabe hacer es resistir lá tentación de implicarse y ‘esperar y ver’ para hacer una análisis paciente y crítico. (ZIZEK, 2009 apud SUXBERGER, 2011, p. 99).

Assim, ter paciência e reflexão imprescindíveis para se enxergar quais são os verdadeiros obstáculos entre texto e contexto é o primeiro passo a ser dado em direção ao possível diálogo de convivência entre direitos humanos, segurança pública e política criminal. Seus conceitos estão entrelaçados, por conta disso não podem ser esquecidos e jamais se sustentarão de maneira estanque, dissociada, ao passo que o desenvolvimento de um depende da segurança do outro. Essa visão crítica dos direitos humanos inseridos no campo penal assume o papel de colocá-

-lo em crise, a fim de contextualizar suas práticas dando-lhe a visibilidade necessária (SUXBERGER, 2011, p. 100-101).

O marco crucial desse silogismo de ideias é efetivar a transformação do sistema penal como um todo em conjunto com os consectários dos direitos humanos, a fim de criar singularidades no campo existente entre texto e contexto (SUXBERGER, 2011, p. 101). Através das vidraças quebradas pelos vícios de origem que remontam toda cultura político-criminal brasileira, reconhecer a transposição de valores e promover uma nova perspectiva de atuação é o objetivo principal da abordagem crítica sobre o campo penal. O intuito é combater a crescente ideia do Estado Penal<sup>1</sup> por excelência e rechaçar práticas decorrentes desse tipo de expansionismo penal vigente em países que sequer experimentaram um Estado de bem-estar social, como é o caso do Brasil.

Para tanto, requer a compreensão daquilo que Herrera Flores denomina de princípio cairológico<sup>2</sup>, utilizado por nós

---

<sup>1</sup> Expressão esta tomada de Wacquant e os programas que surgiram da atrofia do Estado-Social pós segunda guerra. Cf. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A Superação da visão abstrata do sistema de justiça criminal a partir dos direitos humanos. In: MANENTE, Ruben R.; DIAS, Jefferson A.; SUXBERGER, Antônio H. G. (Org.). Teoria crítica dos direitos humanos: das lutas aos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 102.

<sup>2</sup> Para evitar confusões sobre temas já refutados e repreendidos por este trabalho como o “pan-principiologismo”, não será utilizada a palavra princípio, mas sim, tempo cairológico, que detém o mesmo sentido técnico-analítico proposto por Joaquín Herrera Flores. Porém, evita qualquer apropriação/compreensão indevida do termo “princípio”, já que o ordenamento jurídico brasileiro possui inúmeros princípios que se esquecem

como tempo cairológico. O tempo cairológico, em contraposição ao tempo cronológico, linear, universal, é qualitativo, intenso, onde o aqui e o agora são vivenciados em sua plenitude máxima. Procede do termo *Kairós*, que significa o “aprovechamiento de circunstancias favorables para la invención, para la creatividad y la transformación de lo que nos viene dado, natural ou culturalmente.” (HERRERA FLORES, 2005, p. 320). Assim, esse tempo cairológico pode ser definido como “el processo a partir do cual las formas culturales se proyectan sobre la realidad para comprenderla, organizala e interpretarla. Pero, partiendo siempre de la existencia previa de esa realidad, frente a la cual reaccionamos culturalmente.” (HERRERA FLORES, 2005, p. 322).

Dessa forma, é possível compreender que não há mais espaço para satisfações incutidas sob o manto universal dos direitos. Os direitos humanos, da forma como estão, não conseguem ser reconhecidos, vivenciados, tocados; são apenas seguranças lógico-abstratas previstas em documentos legais, constitucionais ou infraconstitucionais. Situar-se em um tempo cairológico permite que tais direitos sejam vividos, presenciados, reconhecidos da forma como devem sê-los:

No son algo conseguido. Son algo que se consigue cotidianamente através de las luchas por poner en práctica

---

até mesmo do conceito original-semântico da palavra. Cf. HERRERA FLORES, Joaquín. *El Proceso Cultural: materiales para la creatividad humana*. Madrid: Aconcagua Libros, 2005. p. 317.

ese principio cairológico que nos proponía Antonio Negri: un principio de apertura de los circuitos de racción cultural, un principio de antagonismo frente a los procesos de división del hacer humano; y un principio de encuentro y contacto, de nuevo, de apertura a lo que viene de afuera, de los otros, de aquellos que han sufrido y sufren la oprsión y la exploración. (HERRERA FLORES, 2005, p. 323).

A partir do momento que o autor/interlocutor se enxerga nesse tempo cairológico – de produção e contraposição ao imutável –, é possível reconhecer as amarras universalistas que ainda prendem sociedades como a brasileira aos dogmas que já deveriam ter sido superados. A um pelo fato de que não existe verdade mais óbvia do que aquela que elucida a situação em que um direito só pode ser considerado como tal se puder ser usufruído por todos e todas de maneira igualitária e não da forma como está, em que alguns poucos tem acesso, mas a grande maioria não consegue nem compreender, em suas realidades, qual o significado da palavra direito. A dois porque os atores dessa relação multilateral – Estado, sociedade e instituições – não podem mais se esquivar dos papéis principais que lhes são destinados.

O Brasil, como um Estado Garantia, deveria reconhecer essa inversão de paradigmas e extirpar do seu seio a imutabilidade de subsistência que insiste em conviver com as mazelas sociais, culturais, políticas, jurídicas e econômicas contemporâneas. A discussão primeira desse estudo, focada em uma reinvenção das relações entre Direitos Humanos e Segurança Pública, por si só, exige o abandono do dado e acabado para se chegar a essa nova

forma de pensar o direito. Devem-se abandonar as discussões sobre suas gerações, esquecer a divisão intrínseca que insiste em contaminar a Constituição Federal de 1988, retomando conceitos insustentáveis ainda baseados em revoluções ocorridas há dois séculos, como é o caso dos ideários franceses – Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Não se está negando o construído, o conquistado, mas a insistência em se preocupar com o ultrapassado, com verdades que não mais se sustentam. Quando se falar em gerações de direitos, que isso tenha apenas o cunho didático da matéria, não olvidando de voltar-se aos reclames atuais das sociedades de nosso tempo: não estamos mais discutindo quais direitos devem ou não ser efetivados, ao passo que todos, de uma maneira ou de outra, são direitos fundamentais e devem ser tratados como tais. Se alguém tem direito à liberdade, que isso não se resuma à previsão constitucional ou infraconstitucional; que seja colocado em prática por intermédio do acesso igualitário a todos que compõem aquela sociedade. O mesmo vale para o direito à saúde, à educação, ao meio ambiente e por assim em diante. Nas palavras de Abramovich e Courtis (2002, p. 10): “No existe entonces, ninguna diferencia de estructura entre los distintos tipos de derechos fundamentales.”

O problema é que o próprio Estado brasileiro se esquece disso ou se baseia nesses consecutórios para sustentar uma dualidade insuportável entre texto e contexto, de previsão de direitos sem aplicabilidade no campo prático. Isso tudo, nas palavras de Luigi



Ferrajoli, nada mais é do que “[...] una debilidad política que también es fruto de una debilidad teórica.” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 9).

O Sistema de Justiça Criminal e a própria ideia de Segurança Pública vêm sendo deturpados paulatinamente sob uma pretensa (in)satisfatória expansão penal. A perpetuidade dessa falta de diálogo entre direitos humanos e os mais variados campos penais, longe de ser a razão de todos os problemas que assolam o Brasil, traz em seu âmago a vilania do “não ser” do direito. Por esse motivo, todos os atores dessa bilateralidade atributiva são chamados a ocupar os seus postos, não com discursos ultrapassados, mas reconhecendo a existência em um tempo cairológico, com a consciência de que a mera previsão constitucional de direitos não é suficiente para caracterizar um Estado Garantia.

### **3 Segurança Pública e o Sistema de Justiça Criminal: nunca Serão?**

Os corruptos cassados? Nunca serão!  
Cidadãos bem informados? Nunca serão!  
Hospitais bem equipados? Nunca serão! Nunca serão!! Nunca serão!!!  
Os impostos bem usados? Nunca serão!  
Os menores educados? Nunca serão!  
Todos alfabetizados? Nunca serão! Nunca serão!! Nunca serão!!!  
(GABRIEL, 2011).

O excerto acima exposto faz parte da letra de uma canção entonada por Gabriel, o Pensador, cantor brasileiro. Remete ao jargão criado e imortalizado por Capitão Nascimento, um dos maiores “*heróis*” da recente história fictícia brasileira, no filme *Tropa de Elite 2: O inimigo agora é outro*, lançado em 2011. Os versos ora mencionados demonstram com ênfase a insatisfação que corrói o interior/exterior da maioria daqueles que formam o Estado Constitucional brasileiro.

A proposta deste trabalho é promover possibilidade de pensar o novo. Para isso, a inversão do marco inicial. Se o interlocutor prestar a atenção, perceberá que o jargão mencionado reveste-se de uma nova roupagem quando do título deste tópico. Ao invés de se exclamar o *nunca serão!*, por que não nos propomos a questionar nossos entornos? Desse modo, refaça a indagação de maneira reflexiva: Segurança Pública e Política Criminal, diante da conjuntura dos direitos humanos no Estado brasileiro, nunca serão?

Tentar encontrar a resposta, por si só, exige um juízo de valor inafastável das realidades do Brasil. O fato de se compreender que a temática dos direitos humanos, não raras as vezes, vem acompanhada dos discursos que exigem um aumento das garantias individuais daqueles que estão submetidos ao Sistema de Justiça Criminal e, por incrível que pareça, o reflexo disso é o aumento exponencial de diplomas legais criminalizantes, é apenas o começo para se enxergar a irracionalidade dos campos penais que se instalam em países como o Brasil.

Em que pese essas alegações, não vamos nos ater à discussão sobre qual modelo penal seria ideal para o Estado brasileiro, mas tentar encontrar algumas saídas para encurtar as distâncias inconcebíveis entre matérias que, pela própria natureza, precisam caminhar de mãos dadas, como é o caso da Segurança Pública e do Sistema de Justiça Criminal. Entretanto, como é possível estreitar essas relações dentro de um ambiente de descaso e falta de comprometimento? Ou pior, em ambientes que comungam do sentimento de insatisfação, mas não tomam as atitudes necessárias para transformar suas realidades existenciais?

A verdade é que a mudança de paradigma deve partir de dentro para fora. Os próprios envolvidos nesses campos de atuação precisam assumir suas posições, ou seja, a responsabilidade em maior grau recai sobre nós mesmos:

Se estamos insatisfeitos com o modo como o Sistema de Justiça Criminal reage a esse fenômeno socialmente construído que é o crime, é preciso que pensemos contextualizadamente as soluções que proporemos aos problemas que enxergamos e destacamos da nossa realidade. (SUXBERGER, 2012, p. 67).

A intenção é reclamar aos profissionais que compõem o Sistema de Segurança Pública e política criminal que promovam entre si uma maior interação, um diálogo em que o objetivo singular seja realizar as concretudes entre texto e contexto, a fim de que os programas apresentados no campo penal não se percam, ou pior, se tornem mero reflexo do gasto irresponsável do dinheiro público. Agir dessa maneira é retirar do papel os direitos abstratamente previstos e colocá-los em prática.

A título de exemplo pode-se mencionar os inúmeros casos em que o vício de origem permanece latente quando da tentativa de se criar políticas emancipatórias no seio desses instrumentos do Estado. É o caso de se continuar tratando problemas de drogadição como sendo questão de Segurança Pública, quando o próprio Ministério da Saúde, no Brasil, e a Organização dos Estados Americanos – OEA, dentro do Sistema Regional Interamericano dos Direitos Humanos, consideram-nos como sendo uma questão de saúde pública (REUTERS, 2013).

Não que a discussão sobre a descriminalização das drogas seja algo consensual, pelo contrário, existem argumentos prós e contras com seus devidos fundamentos. A despenalização do crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 – Lei de Drogas – já reflete algum avanço nessa discussão ainda sem resposta. No entanto, não se pode fechar os olhos para consequência de se considerar um usuário de drogas como criminoso, ao passo que esse tipo de acolhimento estatal pode ser muito mais estigmatizante àquela pessoa do que o próprio tratamento da dependência em si. O Estado Polícia<sup>3</sup>, por assim dizer, já possui problemas demais

---

<sup>3</sup> Emprega-se o termo no sentido dado ao Estado Policial, em que a maioria dos problemas sociais são tratados como uma questão penal, das polícias, Ministério da Justiça e todos órgãos que compõem o Sistema de Política Criminal, quando as questões em si reclamam uma melhor reflexão sobre sua qualificação. Cf. SÁ, Priscila Placha. Mal-estar de arquivo: as polícias como arquivistas do soberano. Brasília, DF, out. 2013. Disponível em: <<http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/handle/1884/31922/R%20-%20T%20-%20PRISCILLA%20PLACHA%20SA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 out. 2013.

para se preocupar, sendo que, no final, ainda terá de realizar políticas públicas voltadas para casos que fogem a sua natureza institucional.

Em que pese todas essas constatações, o que mais intriga o autor/interlocutor é o fato de existir inúmeras obras doutrinárias que convergem para o reconhecimento desses problemas sem que haja a repercussão prática necessária para transformação social. Nesse contexto, pergunta-se: por que o que está sendo produzido, na maioria das vezes de maneira preocupada e responsável, não consegue transpor a abstração das palavras e atingir o cotidiano de brasileiras e brasileiros? Antes de responder a esses anseios, se é que essas perguntas possuem respostas, continuemos com a olhar para o real.

Em recente pesquisa realizada sobre o sistema carcerário no Brasil, restou comprovado que as prisões por tráfico de drogas subiram 30%, o que corresponde a três vezes o crescimento global da população carcerária no país (PRISÕES POR TRÁFICO..., 2013). Paradoxalmente, esse aumento das prisões não repercutiu na diminuição do tráfico de drogas. Muito pelo contrário, o estudo demonstrou que dos 138.198 traficantes presos, 90% correspondem aos pequenos traficantes, sem antecedentes criminais e vínculo com o crime organizado (PRISÕES POR TRÁFICO..., 2013). Isso consegue demonstrar que mesmo dentro do *mundo criminoso* o sistema penal brasileiro consegue ser segregador. Essa constatação fica mais evidente quando as pesquisas mostram que de 10 presos por tráfico, 7 ou 8 são

pequenos traficantes, cuja prisão não causa nenhum impacto ao narcotráfico, ao passo que esses indivíduos podem ser facilmente substituídos dentro da *cadeia varejista* desse comércio ilegal (PRISÕES POR TRÁFICO..., 2013).

É esse tipo de política criminal, em que o sistema funciona muito bem para parcela significativa da população, mas não atinge quem necessariamente deveria atingir, que retrata o quão distante permanecemos da nossa realidade. Não vale a pena tocar nos números sobre quem ocupa esses *estabelecimentos* prisionais, uma vez que estaríamos falando mais do mesmo, retomando o discurso já calejado pelo tempo sobre a discriminação dentro da própria criminalização de condutas. É cediço que mais de 80% da população carcerária brasileira é formada por negros e pardos que ocupam as camadas mais baixas das classes sociais. Relembrar isso, apesar de necessário, já caiu na mesmice dos problemas de política criminal enfrentados pelo Brasil.

A verdade é que enquanto os órgãos que compõem esse quadro, as instituições que agrupadas regem o Sistema de Política Criminal não se situarem como tais, os problemas irão persistir. A culpa não é só do Estado, das instituições públicas ou do da sociedade, não! A culpa é de todos nós, que insistimos em nos satisfazer com o que está posto e acabado. É por esse tipo de conduta, do descaso ou da insatisfação transmitida apenas em palavras, sem procurar efetivá-las nos entornos sociais em que nos situamos, que o *status quo* da política criminal no Brasil insiste em se perpetuar pelo tempo.

O ciclo de vicissitudes está tão claro, evidente, que não é reconhecido: a sociedade brasileira reclama da nossa polícia, que por sua vez reclama das condições fornecidas pelo Estado, que também reclama da sociedade que está impaciente e ninguém consegue interromper as idas e vindas do *não ser* do direito. O combate a esse tipo de situação passa necessariamente pelo que Herrera Flores (2009, p. 34) denomina de realidades de resistência, em que todos passamos a compreender qual o nosso papel diante de tudo que ocorre em nossa volta para então criarmos o novo:

Los derechos humanos no son prima facie ‘derechos’. Son más bien procesos de lucha por la dignidad humana que se materializan en la asunción interactiva de deberes para con los demás, para con nosotros mismos y para con la naturaleza. Sólo si tenemos suerte y, sobre todo, acceso a los procedimientos políticos y legislativos, estas luchas acabarán siendo garantizadas por los sistemas jurídicos. (HERRERA FLORES, 2005, p. 323).

Somente dessa forma poderemos humanizar o mundo, demonstrando que o discurso sobre direitos humanos, política criminal e segurança pública não pode ser dissociado da realidade, muito menos da influência que um exerce sobre o outro. Dentro desse contexto, antes de reclamarmos do que está em nossa volta, perguntemo-nos: o que estamos fazendo para mudar essa situação?

Assim, quando questionarmos: Segurança Pública e Sistema de Justiça Criminal – nunca serão? que a resposta esteja pautada em uma autoanálise sobre o papel que estamos desempenhando dentro de nossos entornos, a fim de reconhecer qual o tamanho

da nossa contribuição para que esse quadro de crise existencial do Estado brasileiro permaneça pulsando em nossas vidas. Sem essa autorreflexão, esse autoconhecimento sobre nós mesmos (a redundância é necessária!), não será possível continuar sustentando qualquer discurso de insatisfação, pois chegaremos à conclusão de que a insatisfação não é com o que está ocorrendo lá fora e sim com aquilo que ocorre dentro de nós que permanecemos inertes ao cenário de separação absoluta entre texto e contexto, ser e dever ser. Transposto esse paradigma quase que pessoal, poderemos começar a encontrar as respostas concretas que o tema reclama.

#### **4 Onde está a Lei 11.530/07?**

A Lei 11.530, de outubro de 2007, remete a essa tentativa de criar o novo, estabelecer novos paradigmas onde direitos humanos e segurança pública possam caminhar de mãos dadas ao desenvolvimento de uma visão interculturalista em que todos possuam acesso aos direitos, ou pelo menos, as desigualdades sejam diminuídas. O problema é que apesar dessa ideologia por detrás do diploma legal em apreço, seus conseqüências foram esquecidos ou sequer analisados pelos próprios agentes responsáveis pela sua efetivação. Aqui vale a crítica relutante: é necessária a elaboração de novas leis, uma vez que não conseguimos colocar em prática nem as que já existem?

Esse diploma legal cria o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI. Uma tentativa real de reduzir os abismos existentes entre os temas que norteiam todas



as construções expostas neste trabalho. Isso faz pensar e constatar que não estamos tratando de utopias impossíveis<sup>4</sup>, mas de algo palpável, já concebido pelo ordenamento jurídico pátrio. A angústia, no entanto, decorre do fato de se perceber que muito pouco ou quase nada está sendo feito para implementar aquilo que vem exposto em seus dispositivos legais. Suas diretrizes<sup>5</sup> e focos

---

<sup>4</sup> O conceito de utopias impossíveis está sendo tomado de Franz Hinkelammert em seu *Crítica de la razón utópica*. Cf. HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 34.

<sup>5</sup> Estão previstas no art. 3º da referida lei: promoção dos direitos humanos, intensificando uma cultura de paz, de apoio ao desarmamento e de combate sistemático aos preconceitos de gênero, étnico, racial, geracional, de orientação sexual e de diversidade cultural; criação e fortalecimento de redes sociais e comunitárias; fortalecimento dos conselhos tutelares; promoção da segurança e da convivência pacífica; modernização das instituições de segurança pública e do sistema prisional; valorização dos profissionais de segurança pública e dos agentes penitenciários; participação de jovens e adolescentes, de egressos do sistema prisional, de famílias expostas à violência urbana e de mulheres em situação de violência; ressocialização dos indivíduos que cumprem penas privativas de liberdade e egressos do sistema prisional, mediante implementação de projetos educativos, esportivos e profissionalizantes; intensificação e ampliação das medidas de enfrentamento do crime organizado e da corrupção policial; garantia do acesso à justiça, especialmente nos territórios vulneráveis; garantia, por meio de medidas de urbanização, da recuperação dos espaços públicos; observância dos princípios e diretrizes dos sistemas de gestão descentralizados e participativos das políticas sociais e das resoluções dos conselhos de políticas sociais e de defesa de direitos afetos ao Pronasci; participação e inclusão em programas capazes de responder, de modo consistente e permanente, às demandas das vítimas da criminalidade por intermédio de apoio psicológico, jurídico e social; participação de jovens e adolescentes em situação de moradores de rua em programas educativos e profissionalizantes com vistas na ressocialização e reintegração à família; promoção de estudos, pesquisas e indicadores sobre a violência que considerem as

prioritários<sup>6</sup> conseguem, de maneira quase que surreal, responder a quase todas as questões anteriormente feitas. Isso leva à conclusão já exposta no tópico anterior: o problema, na maioria das vezes, não está no que criticamos, mas em nós mesmos, que sequer conseguimos colocar em prática (descaso ou desconhecimento?) o que nos foi dado por excelência. Ou seja, se existem diretrizes bases, focos de atuação em que a confluência dos direitos humanos e segurança pública é uma ordem, caminham juntos para o novo, por que isso ainda não foi colocado em prática? Ou se foi, por que ainda não surtiu o efeito necessário para mínima transformação do quadro social brasileiro?

Os argumentos de que a lei é relativamente nova, suas diretrizes ainda estão sendo implementadas ou falta *dinheiro* para desenvolvimento das políticas públicas nela dispostas não mais se sustentam. Já se passaram mais de 6 anos da sua publicação e uma minoria dos programas sequer são vistos em todos os entes federados. O próprio art. 5º da Lei 11.530/07 reclama uma atuação conjunta, de cooperação entre Estado – União, Estados, DF e Municípios – e suas instituições, mas por que isso ainda não

---

dimensões de gênero, étnicas, raciais, geracionais e de orientação sexual; transparência de sua execução, inclusive por meios eletrônicos de acesso público; e garantia da participação da sociedade civil.

<sup>6</sup> Previstos no artigo 4º da lei 11.530: I - foco etário: população juvenil de 15 (quinze) a 24 (vinte e quatro) anos; II - foco social: jovens e adolescentes egressos do sistema prisional ou em situação de moradores de rua, famílias expostas à violência urbana, vítimas da criminalidade e mulheres em situação de violência; III - foco territorial: regiões metropolitanas e aglomerados urbanos que apresentem altos índices de homicídios e de crimes violentos; e IV - foco repressivo: combate ao crime organizado.

ocorre em excelência? Se é possível levantar em menos de 3 anos estádios para Copa do Mundo de 2014, com valores que ultrapassam a cifra dos 28 bilhões de reais (COSTAS, 2013), acredita-se que o problema não é o orçamento. Pelo contrário, a questão parece ser muito mais cultural, visto que a sociedade brasileira ainda repercute a ideia vã de que direitos humanos se resumem aos direitos do preso.

Não há como negar que os direitos humanos se destinam também à população carcerária, mas não por se enquadrarem em tal classificação e sim pelo simples fato de serem humanos! Quando gritamos aos quatro ventos a necessidade de proteção desses direitos é para que o Estado, suas instituições e a própria sociedade rechacem seus preconceitos e compreendam a versão nova dessa velha história: direitos humanos são “[...] meios para que homens e mulheres possam ter acesso a bens ou serviços, materiais ou imateriais, aptos a satisfazer suas necessidades como integrantes de um grupo social.” (ALMEIDA, 2011, p. 212).

Entendê-los dessa forma é compreender que direitos humanos são destinados a todos e todas que compõem determinada sociedade constitucional: presos, policiais, ricos, pobres, negros, brancos, índios, seja lá quem for. O simples fato de ser humano já lhe dá essa garantia e, talvez, somente nesse momento estamos fadados a compreender um conceito de *universal*: que esses direitos sejam destinados de maneira universal e uníssona a todo e qualquer ser humano, no sentido de que isso não permaneça na mera retórica.

A ideia central, portanto, é demonstrar que os agentes dessa história precisam se situar em seus entornos, reconhecer as necessidades, mas não se satisfazer com isso. É preciso ir além. Reclamar novos mundos não significa transcrever palavras no papel, muito menos se sustenta com o mero sentimento de insatisfação. É preciso colocar em prática aquilo que já foi dado e a Lei 11.530/07 é um exemplo daquilo que pode dar certo.

[...] é a estrutura das relações objetivas entre os agentes que determina o que eles podem e não podem fazer. Ou, mais precisamente, é a posição que eles ocupam nessa estrutura que determina ou orienta, pelo menos negativamente, suas tomadas de posição. A compreensão, portanto, do que diz ou do que faz um agente engajado num campo depende diretamente de sua condição de perceber a posição que ocupa nesse campo, de conhecer 'de onde ele fala'. Os campos são os lugares de relações de forças que implicam tendências imanentes e probabilidades objetivas. (SUXBERGER, 2012, p. 67).

Para não ficar somente nas críticas, alerta-se para o trabalho eficiente que vem sendo desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público e Secretarias de Segurança Pública dos Estados em conjunto com o Ministério da Justiça, na tentativa de implementar uma cultura cidadã voltada para interrelação dos direitos humanos com toda sistemática de política criminal no Brasil.

Alguns exemplos práticos que estão surtindo efeitos satisfatórios em decorrência do que vem exposto na Lei 11.530/07 é a inclusão da matéria Direitos Humanos nos Cursos de Formação dos profissionais que compõem os cargos de Segurança Pública,

como polícias militares, corpos de bombeiros militares, polícia civil e a própria exigência de elaboração de programas voltados para inserção desses profissionais na sociedade de uma maneira mais próxima, afetiva, em que as polícias em si não são vistas como inimigas, mas como instrumentos de transformação social em prol da promoção e efetivação desses direitos.

No Distrito Federal, por intermédio da Secretaria de Segurança Pública do DF – SSP/DF, alguns programas de capacitação também podem ser mencionados, a fim de que a transversalidade do tema repercute em realidades vividas por esses órgãos. O curso A Qualidade no Atendimento a Grupos Vulneráveis, prestado em 2012, é um exemplo. O objetivo principal desse tipo de ação é capacitar os agentes de segurança no atendimento às pessoas em situação de risco, com foco na população em situação de rua e drogadição, reforçando a importância de um tratamento adequado, além da intenção de humanizar a abordagem dos agentes que atendem esse público (PESSOA, 2012).

Com o mesmo intuito de desenvolver esse tipo de integração, pode ser citado o encontro realizado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP, nos dias 25 e 26 de março de 2013, em Brasília/DF, reunindo os comandantes gerais das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares e os chefes das Polícias Cíveis dos 26 estados e do Distrito Federal, com a finalidade de avaliar ações e propor mudanças para o fortalecimento dessas

instituições sem se esquecer do engajamento social sobre as áreas de atuação.

Como pode ser visto, são todas iniciativas válidas, mas que não podem ser colocadas no campo do esquecimento, como vem ocorrendo com a Lei 11.530/07. O que se está reivindicando é a necessidade de se criar uma cultura cidadã, que não se esqueça dos seus valores, muito menos dos seus direitos. Isso, como dito, precisa partir de dentro para fora. Os próprios profissionais que formam o Sistema de Segurança Pública precisam estar dispostos a abandonar seus preconceitos e estabelecer esse novo diálogo entre texto e contexto. Colocada dessa maneira, essa visão, mesmo que simplista e piegas, pode incutir e rejuvenescer o sentimento de transformar os meios em que nos situamos, a fim de retratar na prática o que já existe no plano abstrato. A partir de então poderemos reclamar novos mundos.

### **5 Verás que um Filho Teu não Foge à Luta: o Necessário Diálogo com a Sociedade**

É engraçada a capacidade com que a sociedade brasileira – isso inclui o autor/interlocutor – predispõe-se a reclamar das realidades contempladas com tom de ceticismo niilista, no sentido de dar o Brasil como um país cujo único destino possível é o fracasso. O fato mais interessante é que esse *gigante* com síndrome de pequenês continua a caminhar, mesmo após 500 anos de sua *descoberta*. Quem sabe sua população de mais de 200 milhões de habitantes não sofra da mesma crise existencial! A verdade é que poucas são as vozes que entoam uma nova era para

o Estado brasileiro. Infelizmente, na maioria das vezes em que há a inversão do discurso, transmutado em promissor, há por detrás o cunho político-partidário-econômico que transfigura as mazelas sociais em resumo à suposta estabilidade capitalista encontrada nos últimos anos.

Esses reducionismos sobre a problemática sociedade brasileira comunga de um intrigante senso de comodidade. Em devaneios com o certo e o errado, a maioria das pessoas prefere permanecer inerte. Esquecem-se de que o próprio direito de permanecer inerte decorre de lutas travadas há tempos, a fim de justificar que a gama conhecida de direitos só o é pelo fato de em algum determinado momento da história da humanidade alguém tê-los reivindicado.

Por assim dizer, as pessoas estão condenadas a absorver e compreender como verdades absolutas aquilo que lhes fornecem como tal, de fora para dentro, levando em consideração sem o mínimo senso crítico as retóricas políticas, midiáticas, religiosas, institucionais, entre outras, no sentido de abandonar o racional em prol de uma automatização do pensamento. Esquecem-se do cultural e aceitam como verdades imutáveis aquilo que lhes é passado, sem nenhuma vontade de compreender o que de fato ocorre fora dos muros de suas casas, grades dos condomínios, entre outros lugares *de bem-estar social pessoal*. Não se questionam as realidades autoimpostas ou, quando a indagação é proposta, rapidamente é abafada pelo discurso universalista de

que esta é a única maneira de se compreender o que ocorre em nossos entornos.

En una sociedad donde algunos grupos ostentan privilegios en el acceso a los bienes materiales e inmateriales y donde otros están oprimidos, insistir en que las interpretaciones de los textos culturales que rigen la vida de ambos grupos omitan las experiencias cotidianas y los contextos sociales en que las personas se sitúan con el objetivo de adoptar un punto de vista general, neutral y formal, sólo sirve para reforzar esas situaciones de privilegios como las únicas aceptables y, por tanto, alejarlas de cualquier tentativa de transformación o cambio. (HERRERA FLORES, 2005, p. 71-72).

Nota-se, não se está propondo um motim social ou a insurreição contra o próprio Estado brasileiro (apesar de muitos quererem isso de maneira deturpada), não! Ainda preferimos a democracia, mesmo que em crise.

Como já demonstrado, muita coisa vem sendo feita, mas é preciso ir além, sair do campo acadêmico, doutrinário, institucional e ampliar o diálogo, no sentido que este possa ser contaminado pelos reclames encontrados nas ruas, vielas, becos, favelas, lixões. É preciso atingir os locais onde o Estado, infelizmente, ainda não conseguiu chegar e, se consegue, o faz por intermédio dos órgãos que regem todo o Sistema de Política Criminal, como as polícias. É por conta desse motivo que sustentamos não ser possível conviver com os abismos existentes entre Segurança Pública e Direitos Humanos, os dois precisam caminhar juntos para se alcançar o novo, caso contrário, nossa batalha já estará perdida.



O problema é que, além da tentativa de transpor os paradoxos dos preconceitos intrínsecos em nossa sociedade, é preciso desmistificar o Estado Polícia, a fim de que ele deixe de ser tratado como tal e reflita naquilo que vem exposto no art. 1º da Constituição Federal de 1988. O Brasil como Estado democrático de direito não pode fechar os olhos para seus componentes, mas estes também não podem virar as costas para o Brasil. A tentativa aqui, para ficarmos somente no art. 1º, II e III, da CF/88<sup>7</sup>, é exigir que a cidadania seja exercida com o objetivo principal de alcançar a dignidade da pessoa humana.

Não faltam exemplos dessa absurda comodidade da sociedade brasileira com os *falsos construídos*. A tentativa de integração promovida quando da elaboração do Programa Nacional de Direitos Humanos, versão 3 - PNDH-3, é um dos mais vergonhosos. Em um país de mais de 200 milhões de habitantes, onde foram realizados 137 encontros abertos a toda população, apenas 14 mil pessoas compareceram às audiências públicas a fim de discutir os temas de maior relevância para implementação de uma política voltada ao exercício dos direitos humanos em nossa sociedade (VANNUCHI, 2010). Talvez aqui pudéssemos discutir a pena de morte para toda nossa sociedade! Ao passo que essa falta de comprometimento com o surgimento do novo, com

---

<sup>7</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana.

a possibilidade de emancipação de dentro para fora, deveria ser penalizada com a *morte* do social, já que não existe nenhum senso coletivo de reciprocidade ou comprometimento com essa nova forma de pensar direitos humanos.

Para deixar o diálogo mais restrito aos temas ora trabalhados, cita-se a incapacidade de aproximação efetiva entre sociedade e órgãos de Segurança Pública, algo que deveria ser corolário das próprias políticas emancipatórias pretendidas. O pior disso tudo é que ambos os lados dessa mesma moeda se autocriticam, sem tomar conta que o recrudescimento dessa relação só tende a agravar o quadro de crise existencial do Estado brasileiro, que para continuar precisa da interrelação daqueles que o formam. Ao invés disso, por que não é proposta uma nova forma de evidenciar esses erros? Será que é tão difícil estabelecer essa aproximação comprometida com a efetivação/concretização dos direitos?

As reclamações em demasia e sem fundamento não mais se sustentam. Entendamos “[...] lo cultural como un proceso continuo de construcción, intercambio y transformación de signos que orientan nuestra acción, reguladora o emancipadoramente, en el mundo.” (HERRERA FLORES, 2005, p. 93). Assim, podemos incutir em nossas vidas a dosagem correta de impureza, não para continuar reclamando de nossos mundos, mas na tentativa de transformar nossas realidades, onde a realização, acesso e promoção de garantias fundamentais seja um fato consumado e não a utopia impossível.

Para isso, mais do que discurso, é preciso ação e interação. Reconhecer os problemas sociais, políticos, econômicos, culturais e jurídicos não basta, pois todos já sabemos onde estão e como se manifestam. O clamor atinente é dar o próximo passo a fim de que, além de reconhecermos os problemas de nossa sociedade, façamos algo para diminuí-los. Isso não se consegue apenas nutrindo um senso incomum de insatisfações, mas estreitando as relações entre todos envolvidos.

No campo penal, o tema ganha maior relevância pela própria cultura criminal inserida nas sociedades latinas. Longe de transpor esse paradigma penal-expansionista, o intuito é elaborar uma nova forma de ver os processos culturais enfrentados por sociedades como a brasileira. É reconhecer nossos problemas e perceber que, sem o envolvimento direto de todos os destinatários, tudo que for tentado, por si só, acaba perdendo parte de sua legitimidade pelo simples fato de não ter o *aval* da maioria que insiste, em momento posterior, impugnar os motivos que levaram a tal atitude. Entretanto, como é possível essa deslegitimação se os próprios destinatários não opinaram quando chamados?

Há de se evitar a simples resposta mais do mesmo. Para novas demandas, novas posturas. Para novos crimes, novas respostas. A novidade, em situações assim, surge como única maneira de garantir a observância de conquistas e garantias históricas. Ao contrário do que possa parecer, incide aqui o dilema segundo o qual é preciso que corramos para que permaneçamos, ao menos no que se refere ao grau de proteção das garantias jurídico-penais, no mesmo lugar. (SUXBERGER, 2012, p. 77).

Perceba-se, a simples implementação de programas integradores que permitam a interrelação sociedade-segurança pública já seriam suficientes para ativar o reconhecimento de seus atores. Iniciativas como o programa Bombeiros Mirins implementado pelo Corpo de Bombeiros Militares do Distrito Federal exemplificam da melhor maneira possível o objetivo dessas palavras. O programa já está presente em 12 regiões administrativas do DF e em 14 anos de existência já atendeu mais de 23 mil jovens entre 7 e 14 anos de idade (SSP/DF, 2013). Tem por objetivo principal o acolhimento de qualquer criança e adolescente dentro da faixa etária exposta, a fim de que, de forma gratuita, possam participar desde práticas esportivas e aulas de reforço a aprendizados sobre primeiros socorros e valores da instituição. Algo que é repassado no seio das famílias que participam do programa resultando não só no envolvimento social como na aproximação necessária entre sociedade e os profissionais de segurança pública envolvidos.

O reflexo direto desse tipo de política emancipatória, longe de se resumir ao reconhecimento institucional pela população, anula qualquer distância entre texto e contexto, entre ser e dever ser e coloca em prática a concretização da dignidade da pessoa humana da melhor maneira possível, envolvendo tanto Estado como sociedade. Ao contribuir para formação social de uma cultura cidadã, os direitos humanos deixam de ser ideários abstratos e passam a ser a realidade cotidiana, no sentido de elucidar os pontos fracos daquele determinado nicho social e

reconstruir novos caminhos, em que a Segurança Pública deixa de ser um obstáculo, passando a ser mais um fator determinante para se chegar à plenitude da dignidade humana.

Esse é o espírito das lutas sociais, do reconhecimento dos processos culturais, em que a sociedade não fica resumida ao seu papel de telespectadora dos acontecimentos sociais, culturais, econômicos, políticos e jurídicos. Pelo contrário, percebe que a expressão contida no Hino Nacional Brasileiro, título desse tópico, não se limita ao significado literal da palavra *luta*, mas a tudo que se possa compreender como emancipação/efetivação dos direitos em prol de um bem maior, a nossa dignidade.

## **6 O Fim e o Começo da Utopia: ainda é Preciso Caminhar**

Ao levar em consideração tudo que já fora exposto, percebe-se que o objetivo principal de se reinventar os direitos humanos dentro de um contexto de cooperação entre Segurança Pública e Política Criminal é abandonar o que hoje está prevalecendo, a fim de se conquistar uma nova forma de pensar e realizar a dignidade da pessoa humana. É preciso colocar os interesses pessoais de lado, a fim de que projetos como os dispostos na Lei 11.530/07 e no PNDH-3 não se percam na abstração dos direitos. Os interlocutores desse *sistema jurídico* precisam se reinventar a cada dia sem que o sentido ou a razão de ser do Estado Constitucional também se perca, ou seja, rebaixado às folhas de papel.

Sabe-se que a sociedade brasileira possui os mais variados defeitos, mas é preciso reconhecer que em sua maioria esses defeitos possuem vícios originais intrínsecos aos valores de cada

cidadã e cidadão brasileiro. Os espaços para o desenvolvimento dos processos culturais estão abertos, reclamando a atuação de todos e todas de maneira conjunta, de maneira que os abismos existentes entre texto e contexto sejam superados. Portanto, cabe a cada um de nós ocupar esses espaços, reconhecer nossos defeitos e ir além. Promover a concretização dos direitos humanos de forma coletiva é reconhecer mais do eu, atingir o nosso e, com esse objetivo, ainda precisamos caminhar.

As utopias impossíveis devem ser abandonadas, os velhos dogmas deixados de lado, mas jamais esquecidos, para que possamos olhar para trás e ainda visualizar nossos erros sem olvidar de realizar nossos papéis entre texto e contexto. Quem sabe dessa forma uma nova utopia surja, mas com sentido completamente diverso do imaginário ideal. Que essa nova utopia seja contaminada com os clamores sociais daqueles lugares onde o Estado brasileiro não se faz presente, com intuito de promover a transposição do dado e acabado para o desenvolvimento de políticas emancipatórias que surtam efeitos práticos condizentes com nossos diplomas legislativos.

Essa realização concreta dos ditames constitucionais, vistos não mais como categorias de direitos, mas como direitos e garantias fundamentais vivenciados, tocados, somente será possível quando reconhecermos no outro nós mesmos. Segurança Pública e Direitos Humanos devem ser vistos dessa maneira, uma visão em *paralaxe* de ambos os conceitos, afinal, direitos humanos

é segurança pública e segurança pública também é direitos humanos, ambos não podem ser dissociados, mas integrados em prol da tão repetida dignidade humana.

**Title:** Human Rights and Public Safety: the Unbearable Dissociation

**Abstract:** The Brazilian Government insists to encourage a conception of Public Safety that is unlinked from Human Rights. The legislative blocks which dared to break up this paradigm do not satisfactorily reason in the practical field. A Critical Theory of Human Rights tries to strengthen these relations, calling for a joint effort between the State and the Society in an attempt to realize the factors outlined in the homeland legislation and claim a new design in which such rights are removed from the rhetoric and put into practice.

**Keywords:** Public safety. Human rights. Critical theory. Criminal justice.

## Referências

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALMEIDA, Ramiro Rockenbach da S. M. Teixeira de. Direitos humanos, reserva do possível e ônus da prova: uma leitura crítica com ênfase na participação social, na aplicação transparente dos recursos orçamentários e em contraposição a argumentos retóricos, carentes de conteúdo probatório e dissociados da realidade. In: MANENTE, Ruben R.; DIAS, Jefferson A.; SUXBERGER, Antônio H. G. (Org.). *Teoria crítica dos direitos humanos: das lutas aos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

COSTAS, Ruth. *De onde vem o dinheiro da Copa?* Londres, 27 jun. 2013. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130626\\_copa\\_gastos\\_ru.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130626_copa_gastos_ru.shtml)>. Acesso em: 4 set. 2013.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal e Territórios. *Programa “Bombeiro Mirim” atendeu mais de 23 mil jovens*. Brasília, DF, 5 out. 2013. Disponível em: <<http://www.df.gov.br/noticias/item/9312-programa-“bombeiro-mirim”-atendeu-mais-de-23-mil-jovens.html>>. Acesso em: 16 out. 2013.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *El proceso cultural: materiales para la creatividad humana*. Madrid: Aconcagua Libros, 2005.

GABRIEL, o Pensador. *Nunca serão!* Direção artística: José Padilha e Oscar Rodrigues Alves. Montagem: Renato Martins. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=vYDzvxnqESQ>>. Acesso em: 12 dez. 2011.



PESSOA, Fábila. *Capacitação para profissionais de Segurança Pública do GDF*. Brasília, maio 2012. Disponível em: <<http://www.sedest.df.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/item/2287-capacitacao-para-profissionais-da-seguranca-publica-do-gdf.html>>. Acesso em: 14 out. 2013.

PRISÕES por tráfico sobem 30%, mas não afetam negócio ilegal. *O Globo*, Rio de Janeiro, 15 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.paraiba.com.br/2013/07/15/67462-prisoos-por-trafico-crescem-30-mas-nao-afetam-negocio-ilegal>>. Acesso em: 12 out. 2013.

REUTERS. *OEA defende uma abordagem de saúde pública para problema das drogas ilícitas*. São Paulo, 17 maio 2013. Disponível em: <[http://www.isags-unasul.org/noticias\\_interna.asp?idArea=2&lang=1&idPai=6222](http://www.isags-unasul.org/noticias_interna.asp?idArea=2&lang=1&idPai=6222)>. Acesso em: 12 out. 2013.

SÁ, Priscila Placha. *Mal-estar de arquivo: as polícias como arquivistas do soberano*. Brasília, out. 2013. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31922/R%20-%20T%20-%20PRISCILLA%20PLACHA%20SA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 out. 2013.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A Superação da visão abstrata do sistema de justiça criminal a partir dos direitos humanos. In: MANENTE, Ruben R.; DIAS, Jefferson A.; SUXBERGER, Antônio H. G. (Org.). *Teoria crítica dos direitos humanos: das lutas aos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano et al.  
Garantismo penal y derechos humanos. In: SEMINARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL HACIA UN NUEVO DERECHO PENAL EN EL ECUADOR, 1., 2012, Quito. *Anais...* Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2012. v. 1. p. 66-79.

VANNUCHI, Paulo. *Abertura do Programa Nacional dos Direitos Humanos - PNDH-3*. Brasília, maio 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/index.html>>. Acesso em: 16 out. 2013.

---

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

FONSECA, Tiago Borges. Direitos humanos e segurança pública: a insuportável dissociação. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 405-439, 2014. Anual.

---

**Submissão:** 2/9/2014

**Aceite:** 10/9/2014



---

# A Essencialidade da Função Acusatória no Estado Democrático de Direito

## Edimar Carmo da Silva

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

**Resumo:** Tomar o processo penal sob a ótica do Estado Democrático de Direito é tê-lo como o instrumento estabelecido em sede constitucional, superando os métodos autoritários por meio do consenso, para análise e decisão dos casos penais da vida. Considerada a simetria consensual constatada na elaboração e instituição dos direitos fundamentais, pelas mais variadas forças políticas, afigura-se que essa mesma simetria possa e deva ser mantida também na decisão que, tendo a infração penal por pressuposto, tenda a restringir qualquer desses direitos. Por meio do pensamento estruturado em bases habermasianas é possível vislumbrar um alto grau de credibilidade, mesmo em sede de persecução penal, que para a restrição de algum direito fundamental deva concorrer um necessário consenso entre as funções legislativa, executiva, acusatória e judicial. Tem-se a essencialidade da função acusatória para, convergindo com as demais funções estatais, legitimar o provimento judicial, seja em sede cautelar ou em sede definitiva, para a restrição de direito fundamental.

**Palavras-chave:** Processo penal. Estado democrático de direito. Direitos fundamentais. Função acusatória.

**Sumário:** Introdução. 1 Estado Democrático de Direito. 2 Parâmetros Inquisitórios do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941. 3 Processo Penal e Democracia. 4 A Restrição Cautelar de Direito Fundamental. 5 A Restrição Definitiva de Direito Fundamental. 6 Considerações Finais. Referências.

## Introdução

São lançadas algumas reflexões, no presente texto, acerca da estruturação de persecução penal — propriamente de um modelo de processo penal — fincado em bases democráticas. Pretende-se por e expor à discussão a prática judicial — não raras vezes oficiosa — de, sem pedido do titular da função acusatória, restringir direitos fundamentais, especificamente o direito de liberdade.

Afigura-se de todo aceitável que compreender a natureza e as estruturas basilares de um processo, especialmente do processo penal, implica considerá-lo no modelo de Estado em que inserido. Nessa perspectiva emerge a célebre e pertinente expressão de James Goldschmidt no sentido de que a estrutura do processo penal de uma nação não é outra coisa senão o fiel retrato dos (demais) elementos corporativos e autoritários de sua própria Constituição. Seguindo a literalidade do citado processualista: “[...] la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución” (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 110).

O processo penal serve como termômetro da constituição: se constituição autoritária, processo penal autoritário; se constituição democrática, processo penal democrático. Esses modelos, ou estruturas de processo, estão em relativa correlação com os seus princípios reitores: inquisitório e acusatório.

Para fidelidade à proposta feita no presente texto, cumpre esclarecer que o termo “processo”, doravante utilizado, não se

confunde e não possui correspondência com a noção clássica de uma “[...] seqüência de atos processuais, ordenados encadeados, visto da perspectiva externa [...]” (OLIVEIRA, 2009, p. 593) para, por meio dele, permitir a atuação da jurisdição. O processo é, no presente texto, compreendido como uma espécie do gênero procedimento, segundo Fazzalari. Para esse doutrinador “[...] o ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório” (FAZZALARI, 2006, p. 118-119).

Partindo desses pressupostos, de logo se arrisca a formular algumas questões: o (ainda) aplicado Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, de 1941, concebido e afinado com a então Constituição de 1937, é compatível com a democrática forma de persecução penal conferida pela Constituição brasileira de 1988? É possível, considerando a cultura inquisitorial de persecução penal, predominante no Brasil, concretizar um modelo de persecução penal com estrutura democrática? Esses são os desafios propostos no presente texto.

Entenda-se, por cultura inquisitorial, também reproduzida no presente texto como método inquisitório ou sistema inquisitorial, a estrutura judiciária que toma por legítimos os “[...] procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz” (FERRAJOLI, 2002, p. 453).

## **1 Estado Democrático de Direito**

O Estado Democrático de Direito não se trata de um modelo estático. Alcança e abrange um conjunto de normas estruturantes fruto das conquistas democráticas, as garantias jurídicas e a proposta de políticas públicas que redundem numa transformação social. Possui, nesse sentido, tal modelo de Estado, um “efeito transformador” (STRECK; MORAIS, 2008, p. 97) da realidade jurídico-social.

Certamente porque imbuído desse “efeito transformador” da realidade, deve ser visto como um projeto inacabado. Exatamente nessa concepção, Habermas (2003, v. 2, p. 118) apregoa que:

[...] o Estado democrático de direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a institucionalizá-los de modo mais apropriado e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo.

Conforme Streck e Moraes (2008, p. 98-99), são próprios e pertinentes ao Estado Democrático de Direito os seguintes princípios: a vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento básico de garantia; a organização democrática da sociedade; um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; a justiça social como mecanismo de correção das desigualdades; a busca além da igualdade formal, articulando com uma sociedade justa; a divisão de poderes ou de funções; a legalidade como medida do direito a excluir o arbítrio e a prepotência.

Nesse modelo, de Estado Democrático de Direito, as normas jurídicas dele resultantes, que são frutos do processo democrático em cuja base está o princípio da soberania do povo, não asseguram, por si, a legitimação democrática do direito nelas incorporado. A legitimidade dessas normas será mais bem aferida quando submetida a uma hipótese fática. Vale dizer, quando efetivamente submetidas a situações concretas no mundo da vida. Nesse sentido, o direito passa a ser concebido, a um só tempo, como saber e ação que se mantém em um sistema aberto, abastecido pelas tradições culturais, de ordens legítimas e de indivíduos socializados e interligados por ações comunicativas (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 110-112).

No contexto da ação comunicativa, proposta por Habermas, afigura-se como mais adequado um modelo de processo segundo os ditames do Estado Democrático de Direito, eis que se apoia em bases discursivas e consensuais, não se submetendo a qualquer meio de coerção, senão pela dialética do melhor argumento entre as partes em contraditório (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 113-168). Mais adequada porque rejeita que no trato das questões fundamentais (em cujo núcleo se discute a dimensão dos direitos fundamentais), no âmbito do espaço público (espaço comunicativo entre a esfera privada e o Estado), não se mostram pertinentes as decisões judiciais lançadas e tomadas de modo autoritário. Em outros dizeres, o provimento jurisdicional terá um evidente déficit de legitimidade democrática se levado a cabo sem a contribuição/participação das partes processuais interessadas.



Por dialética do melhor argumento, pondere-se tratar da argumentação que satisfaça sua pretensão de validade por meio de quatro pressupostos determinados e mais importantes, tais quais: a) seja uma argumentação pública e inclusiva, ou seja, “[...] ninguém que, à vista de uma exigência de validez controversa, possa trazer uma contribuição relevante, deve ser excluído [...]”; b) haja igualdade de expressão, “[...] a todos são dadas as mesmas chances de se expressar sobre as coisas [...]”; c) sejam os argumentos desprovidos de enganos e falsidades, “[...] os participantes devem pretender o que dizem [...]”; d) inexistência de coação, “[...] a comunicação deve estar livre de restrições, que impedem que o melhor argumento venha à tona e determine a saída da discussão [...]” (HABERMAS, 2002, p. 66-67).

Merece ressaltar que, mesmo em sede de persecução penal, a dialética do melhor argumento, na estrutura democrática, não pode se dar nos moldes de uma linguagem típica de dominação de uma pessoa sobre outra pessoa. Como bem colocado por Britto,

A força do melhor argumento proposto por Habermas define a essência da democracia onde a fala do outro deve ser relevante para o consenso. No discurso, o falante deve utilizar-se de técnicas argumentativas para validação da sua decisão (BRITTO, 2012).

## **2 Parâmetros Autoritários no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941**

Referido Código se mostra como algo estranho quando confrontado com as normas da atual Constituição Federal

brasileira. Estranho porque desconsidera a função constitucional conferida ao Poder Judiciário na persecução penal, qual seja, de garantidor dos direitos fundamentais; estranho, por admitir a restrição cautelar oficiosa e definitiva de direitos fundamentais pela autoridade judiciária; estranho, por negar vigência ao princípio acusatório constitucionalmente adotado; estranho também por recusar eficácia à fala (ao pedido) das partes, desnaturando, assim, um necessário processo de partes; estranho, ao fim, por desconsiderar ou desmerecer a fala das partes, explicitando, desse modo, um modelo autoritário de persecução penal em flagrante violação ao princípio do contraditório, como mais adiante será mais bem esclarecido.

Nessa perspectiva, não há dúvida em reconhecer, no referido Código de Processo Penal (CPP) brasileiro de 1941, a nota do autoritarismo por prescindir dos atos das partes na restrição de direitos fundamentais, seja em sede cautelar, seja em sede definitiva. Nesse mencionado Código procedimental, pois, adequado à estrutura inquisitorial, o juiz, em não rara frequência, se sobrepõe à pretensão acusatória e em muitos pontos culmina no agravamento da situação jurídica do suspeito ou do acusado.

Por certo, pelas regras procedimentais, por muitos (ainda) consideradas vigentes, sediadas no referido Código, o órgão julgador – armado de poderes nitidamente inquisitórios – pode, tudo de modo oficioso: pretender a acusação de algum suspeito/indiciado (art. 28 do CPP); determinar arresto/sequestro de bens (art. 127 do CPP); produzir prova sem requerimento das partes

(art. 156 do CPP); determinar busca e apreensão de coisas e pessoas no interior de residências (art. 242 do CPP); decretar a prisão preventiva de suspeitos e acusados (art. 311 do CPP); e, o mais grave, condenar alguém sem pedido do órgão titular da acusação (art. 385 do CPP).

Muitos insistem na – e apregoam a – manutenção de uma persecução penal ultrapassada e fora do tempo, fundada em falsas pretensões de juízos e de verdades reais há muito desestruturadas pelos mais diversificados ramos do conhecimento (PRIGOGINE, 1996; GLEISER, 2010; MORAIS DA ROSA, 2006; MEDAWAR, 1984; KHALED JR., 2009). Afigura-se crível que assim ocorre porque condicionados por princípios e por insidiosos discursos típicos e adequados a um sistema inquisitorial que promete assegurar a ordem pública por meio do Direito Penal, propaga a obrigatoriedade da acusação e apregoa a obtenção de uma verdade inalcançável, denominada por muitos como “verdade real”.

Da análise de diversos manuais, é possível constatar uma semelhança no trato da disciplina processo penal. Limitam-se a reproduzir como legítimas as hipóteses jurídicas antes delineadas, certamente afinadas com o CPP de 1941, mas em evidente desconformidade com as vigentes normas constitucionais pertinentes à persecução penal e, ainda, alheia às formas democráticas procedimentais.

Salvo honrosas exceções, há ausência de crítica conduzida por formadores de novos profissionais do direito, em manuais de grande aceitação nos quais se difunde a disciplina direito

processual penal. Em reforço, seguem uma reiterada praxe forense conduzida pela nota do “legalismo”. Por legalismo, entenda-se como “[...] o monopólio da manifestação do direito [...]” (HESPANHA, 2005, p. 378) reinante no século XIX até o segundo quarto do século XX, herança do positivismo jurídico francês que reduzia “[...] a função do juiz a mera análise técnica dos textos da lei” (WOLKMER, 2006, p. 192).

### **3 Processo Penal e Democracia**

A presente proposta teórica, pertinente a um modelo de processo penal fundado no Estado Democrático de Direito, foi também percebida, entre outros, por Moraes da Rosa e Silveira Filho, notadamente no que concerne ao discurso instaurado intra processualmente. Cumpre ressaltar que esses mencionados autores, afinados com as diretrizes filosóficas atualizadas, concebem no Direito Processual “[...] balizas democráticas, não se podendo mais aceitar a decisão isolada e sem fundamentação do Juiz, devendo este, necessariamente, considerar as pretensões de validade anunciadas pelas partes no discurso comunicativo instaurado” (MORAIS DA ROSA; SILVEIRA FILHO, 2008, p. 82).

A estrutura democrática do – e no – processo reclama não apenas uma decisão prolatada pelo órgão jurisdicional competente, mas sim uma decisão construída no limite das pretensões trazidas pelas partes no procedimento em contraditório. Daí que ao juiz não é mais autorizado emitir um provimento final dissociado

ou para além das pretensões veiculadas pelas partes, vale dizer, rejeitando os pedidos dos interessados, pena de incorrer na mácula da ilegitimidade (MORAIS DA ROSA; SILVEIRA FILHO, 2008, p. 86-97).

Cumpra assegurar que os argumentos das partes não sejam somente considerados, mas que componham o conteúdo do provimento judicial (decisão/sentença). Assim ocorre quando o provimento (decisão/sentença) esteja conforme ao que foi pedido pela acusação ou pela defesa (pela parte). Somente nesse contexto é que se pode evidenciar a democraticidade no procedimento em contraditório, seja na decisão tomada em sede cautelar, seja no provimento definitivo.

Esse é o espaço propício para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da democracia processual. Nesse ambiente processual, portanto, não haverá espaço para decisões isoladas, solitárias e oficiosas conforme preconizado em muitos dispositivos do CPP de 1941.

É necessário abandonar, nessa direção, a vetusta regra do silogismo das premissas maior e menor. Esse método (silogismo) não se compraz com a complexidade dos fatos do mundo da vida. Para mais, é fomentado e decorre do pensamento subsuntivo formulado solitariamente pelo julgador. O processo, para além de um meio, merece e deve ser considerado como uma estrutura encaminhadora da decisão desenvolvida pelos sujeitos do processo (partes), rejeitando “[...] uma interpretação solitária [...]” do juiz (LEAL, 2002, p. 110-111).

A estrutura democrática de processo penal é campo fértil para o princípio acusatório. Diferentemente da estrutura inquisitorial, na estrutura acusatória as partes são as únicas interessadas (no sentido de que veiculam pretensões e interesses) no mérito do provimento judicial. Seja o Ministério Público na tutela do interesse público com dever de objetividade (art. 127, *caput*, da Constituição Federal brasileira), seja a Advocacia ou a Defensoria Pública (arts. 133 e 134, ambos da mesma Constituição) na tutela do interesse privado do suspeito/acusado.

Nesse contexto, o juiz não pode e não deve ter interesse na causa penal, pois, se tiver, ele não estará autorizado a exercer a jurisdição, seja por suspeição, seja por impedimento, por falta de imparcialidade. Aliás, o único interesse do juiz deve estar circunscrito ao zelo pela regularidade (legalidade constitucional, vale esclarecer: legalidade conforme a Constituição) dos atos processuais praticados pelas partes em contraditório.

A exigência da imparcialidade judicial pode ser extraída não apenas de modo implícito das normas constitucionais, mas de modo explícito no item 1 do artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, inserido na ordem jurídica nacional pelo Decreto nº 678/1992. Esse último diploma, tais quais as normas constitucionais, revoga as regras atentatórias à imparcialidade judicial previstas no CPP de 1941.

O modelo de persecução penal brasileiro, adotado a partir da vigente Constituição Federal de 1988, confere ao Ministério Público a titularidade privativa para a promoção da ação penal

pública. Acrescente-se ainda o relevante papel conferido à Advocacia e à Defensoria Pública. Consoante disposto no Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal brasileira, essas instituições são essenciais à administração da Justiça. A natureza dessa essencialidade à prestação jurisdicional torna inconcebível que os argumentos sustentados por essas instituições, no processo penal, ecoem como meros enunciados de caráter opinativo para o julgador.

Não significa dizer que qualquer pretensão de uma das partes vincule o julgador. Contudo, na peculiaridade do processo penal pode ocorrer situação de aparente paradoxo quando as partes — Ministério Público e acusado (assistido pela Advocacia ou pela Defensoria Pública) — pretendam, por exemplo, a absolvição, considerado o conjunto probatório produzido em contraditório, mas se obtém um provimento condenatório. Não muito diferente pode ocorrer quando o Ministério Público, em sede pré-processual, provocado pela Polícia ou por sua própria iniciativa, não pretenda a restrição cautelar de algum direito fundamental, mas o julgador, não raras vezes oficiosamente, decide pela restrição desse direito.

Afigura-se, pois, no modelo brasileiro de persecução penal, em face desses aparentes paradoxos, uma necessária e profunda reflexão acerca do alcance das normas democráticas e seus efeitos na ordem jurídica prática, para além da retórica preponderância da jurisdição em detrimento de outros valores como o devido processo e os direitos fundamentais.

O Ministério Público, enquanto titular privativo para a promoção da ação penal pública, não pode ser reduzido, como se vê na praxe forense, a mero deflagrador da jurisdição. Essa instituição não esgota a mencionada titularidade quando promove a ação penal pública, mas a mantém até quando ultimado o trânsito em julgado do provimento judicial. No decorrer do devido processo pode surgir superveniente situação fática ou jurídica que legitime o órgão acusador a retirar a pretensão acusatória que, inicialmente, motivou a acusação. Em outros termos, no decorrer do processo pode surgir alguma hipótese fática ou jurídica que justifique o pedido de absolvição.

Não se está a tratar da inapropriada regra da “não desistência da ação” que, por obviedade técnico-jurídica, não pode ser objeto de desistência, dada a natureza abstrata da ação. Vale frisar, não se desiste porque não se pode desistir da ação processual penal antes exercida. Desiste-se do processamento ou, precisamente, da pretensão acusatória pela qual se busca a restrição de algum direito da pessoa como consequência jurídica de um fato pretensamente delituoso.

De igual modo, ao acusado, em contraditório com o Ministério Público, no decorrer do devido processo, deve ser assegurada a assistência da Advocacia ou da Defensoria Pública, instituições também essenciais à administração da justiça, modo que seus argumentos fáticos e jurídicos sejam devidamente analisados no provimento final, mesmo que não acolhidos.



A democracia possível a ser atingida no processo penal, portanto, em termos práticos, é viabilizada pela dialética processual capaz de superar a noção, ainda hoje preponderante, da jurisdição como um fim. É necessário superar a crença acerca da prevalência da *jurisdictio* em detrimento do interesse das partes em contraditório, únicos e legítimos titulares condutores de pretensões jurídicas a serem contempladas no provimento final.

Por certo que, no contexto histórico, a cultura jurídica dominante na persecução penal brasileira tem se pautado na manutenção da tríade poder, tradição e autoridade. Essa tríade mostra-se adequada ao método inquisitório de persecução que, por sua vez, vincula-se a um modelo autoritário de Estado. Esse modelo é diametralmente oposto ao Estado democrático.

Sem embargo, nos tempos atuais, a estrutura acusatória processual penal, fincada na Constituição Federal brasileira, está a reclamar maior atenção às normas aplicáveis em sede cautelar e definitiva na restrição de direito fundamental. O que merece preponderar, no jogo processual, não mais pode ser a jurisdição em si, mas a regularidade procedimental (atenção às normas constitucionais) tendente a legitimar a restrição de algum direito fundamental, segundo as bases normativas do Estado Democrático de Direito.

Nessa compreensão, necessariamente cai por terra a noção do processo como relação jurídica, eis que, epistemologicamente, inadequada ao Estado Democrático de Direito. Mencionada teoria (de 1868) foi idealizada em um mundo de crenças e

conceitos absolutos oriundos no contexto do antes mencionado “legalismo”. A teoria da relação jurídica, do processo, privilegia a jurisdição em detrimento da regularidade do devido processo constitucional e dos direitos fundamentais. Sob o insidioso fundamento da tutela do interesse público, prioriza a jurisdição em prejuízo da democraticidade procedimental na restrição de direitos fundamentais. Não por outra razão, e acertadamente, apregoa Pereira Leal (2002, p. 183-184):

É que, no paradigma do direito democrático, o eixo das decisões não se encontra na razão imediata e prescritiva do julgador, mas se constrói no espaço procedimental da razão discursiva (linguagem) egressa da inter-relacionalidade normativa (conexão) do ordenamento jurídico obtido a partir da teoria da Constitucionalização democrática.

No particular, registre-se a evidente extemporaneidade epistemológica constitucional porque, certamente, a mencionada teoria da relação jurídica processual remonta aos superados fundamentos pandectistas contidos nas teses de Windscheid, como lembrado por Plínio Gonçalves (1992, p. 133-143).

Com efeito, a teoria da relação processual foi construída “[...] sobre a ideia de que é ela um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico [...]” (GONÇALVES, 1992, p. 73-74), deixando evidente, daí, as concepções individualistas da época.

Como bem ressalta Plínio Gonçalves (1992, p. 98-99), o processo não se confunde com a situação de direito material; a parte processual não se dirige à outra parte para dela exigir determinada

conduta, mas se dirige ao juiz; não há relação jurídica entre o juiz e as partes, porque ele (juiz) não pode delas exigir condutas, mas as próprias partes resolvem suas faculdades, poderes e deveres em ônus processuais, suportando as consequências jurídicas desfavoráveis advindas da omissão.

Como antes dito, há uma simetria entre Estado Democrático de Direito e a estrutura de persecução penal conduzida pelo princípio acusatório. É que, nesse último, a democraticidade é evidenciada no espaço de fala reservado às partes. Têm elas, em frequente contraditório, não apenas a oportunidade de falar e ter essa fala considerada, mas que seus argumentos componham o (estar contido no) ato decisório. O ato decisório deve necessariamente abarcar os argumentos trazidos pelas partes em contraditório.

Por certo, no tocante ao sistema de persecução penal, em que as decisões judiciais tendem a restringir direitos fundamentais, exatamente nelas há maior exigência do caráter democrático dessas decisões.

Cumprir lembrar que a seleção dos direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, é resultado do embate da força democrática exercida pelos legisladores constituintes legitimados pela vontade popular. Os direitos fundamentais não resultam de uma decisão levada a cabo arbitrariamente por uma pessoa ou um órgão estatal, senão resultantes de uma eleição tensa e democrática entre os representantes do povo em seus mais variados segmentos, menos ou mais organizados da sociedade. Por simetria, o caráter

democrático dessa escolha dos direitos fundamentais deve ser mantido quando da restrição de qualquer deles. Democrático na eleição, democrático na restrição. Incabível que na estrutura democrática de Estado possa, uma só pessoa, de modo arbitrário e a seu talante (oficioso), a pretexto de autorizada por uma pretensa “íntima convicção”, estar legitimada a restringir algum direito fundamental da pessoa. Como lembrado por Alberton, democracia implica participação (ALBERTON, 2004, p. 91).

Convém ressaltar que muito embora estivesse a tratar da jurisdição não delimitada por algum critério de competência, vale dizer, não propriamente da jurisdição penal, Alberton, amparada na contribuição habermasiana, apregoa um repensar da jurisdição na solução de conflitos. Referida autora questiona o que nomina de “jurisdição-soberania”. Por “jurisdição-soberania”, compreenda-se como “[...] a jurisdição centrada apenas no poder soberano do Estado, numa relação de sujeito-objeto, decisão do Estado-Juiz que declarará quem será o ganhador ou o perdedor”. Sugere, a mesma autora, o que nomina de “jurisdição-participação” (ALBERTON, 2004, p. 90).

Na literal expressão de Alberton:

[...] é possível afirmar que a racionalização do direito que se realiza pelo exercício da jurisdição encontra sua legitimidade no discurso democrático que somente se efetiva com o atuar comunicativo de todos os sujeitos da relação processual em exame (ALBERTON, 2004, p. 90).

Diz mais:

A jurisdição é histórica, e, portanto, deve se adequar ao Estado em que ela se realiza. Assim, no Estado Democrático de Direito, quando passamos da jurisdição-soberania para uma jurisdição-participação, estamos apontando, com base na matriz habermasiana, para uma jurisdição que supera o modelo da jurisdição conflitual que busca pelo processo a solução de conflitos [...]. Os sujeitos são co-formadores do decidido (ALBERTON, 2004, p. 96).

A estrutura democrática de processo, aqui sustentada, segundo a qual os argumentos das partes compõem o ato decisório no processo penal, deixa clara a opção pelo princípio acusatório constitucionalmente adotado, visto que a estrutura de persecução penal, conduzida por essa norma, não prescinde dos atos (argumentos e pedidos) das partes em contraditório.

Rejeitam-se, pois, as decisões judiciais fundadas no que adequadamente Ferrajoli (2002, p. 36-37) nomina de “decisionismo processual”, compreendido sob duas perspectivas: (a) em “[...] fatos determinados em condições ou qualidades pessoais [...]”, vale dizer, pela qualidade ou condição do autor; (b) “[...] no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato”.

Na estrutura acusatória é que vinga, no tocante às funções reservadas aos órgãos públicos envolvidos na persecução penal, a teoria da quadridimensão funcional do Estado na consequência jurídica do crime (RIBEIRO, 2003, p. 328-361).

Nos termos dessa teoria (da quadridimensão funcional do Estado), própria do Estado Democrático de Direito e adequada à

estrutura acusatória de persecução penal, a restrição de qualquer direito fundamental somente pode ser levada a cabo quando, para essa gravosa medida estatal (de ultima ratio), convergirem as quatro funções estatais: Legislativa (Poder Legislativo), Executiva (Poder Executivo), Judicial (Poder Judiciário) e Acusatória (Ministério Público). No exercício dessas funções pode-se acrescentar, paralelo ao Ministério Público, o particular/querelante, considerada a possibilidade de, ainda, admitir-se a promoção da ação penal de iniciativa privada. Sem a promoção de uma ação penal, não pode haver processo penal, vedando-se, nesse sentir, a restrição oficiosa de direitos fundamentais.

Nessa medida, a teoria da quadridimensão funcional do Estado, na consequência jurídica do crime, reclamando a efetiva convergência da vontade estatal na restrição de algum direito fundamental, acrescida do efetivo exercício do contraditório das partes processuais, deixa evidenciado o conteúdo democrático do procedimento em contraditório.

Por certo, como ressaltado por atualizada doutrina (RIBEIRO, 2003, p. 330-331), a função legislativa fica a cargo da elaboração das leis, criando tipos penais e escala de penas; a função executiva sanciona e promulga essas leis; a função acusatória, ou persecutória, é exercida pelo órgão legitimado a promover a ação penal, em regra o Ministério Público; à função judicial cabe a aplicação da lei penal às situações fáticas trazidas e debatidas pelas partes em contraditório. Não diferente é a compreensão de Gaspar Rodrigues (1999, p. 145-148).

No contexto adequado ao Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais solitárias — frise-se, sem a provocação da função acusatória pretendendo a restrição de direito fundamental — não passam pelo crivo da legitimidade constitucional. Para a restrição de qualquer direito fundamental, como consequência jurídica do crime, a decisão judicial deve, necessariamente, estar em convergência com as demais vontades estatais, quais sejam, com a legislativa, com a executiva e, ainda, com a acusatória.

Ressalte-se que o agir oficioso, pela autoridade judiciária, é típico da estrutura inquisitorial de persecução penal. Nesse modelo de persecução, a função acusatória é inexistente ou, se existente, prescindível. Nele, preponderam as funções estatais legislativa, executiva e judiciária. Assim, a função acusatória, exercida por um órgão privativo, ou não, para promover a ação penal, não possui o caráter da essencialidade, vez que suprimida, absorvida ou neutralizada pela atuação oficiosa do julgador.

Aliás, no Brasil, entre o período de 1941 até antes de 1988, houve uma modelação única de persecução penal digna de registro. Nesse período histórico, foi estabelecida uma cultura, tipicamente de modelo autoritário de Estado (quando campeavam exatamente a ideologia do Estado Novo, sucedida pelo Regime Militar). Houve, naquela época, situação em que o juiz de direito (autoridade judiciária competente), no processamento das contravenções, desencadeava o “processo” por meio de portaria, conforme redação originária do artigo 531 do CPP de 1941. O Ministério Público, em muitos casos, limitava-se a deflagrar a

jurisdição e a servir de consultoria do órgão jurisdicional. Essa é a ideologia fincada no CPP de 1941 e, salvo raras e louváveis exceções, ainda seguida por muitos, destacadamente pelos órgãos do Poder Judiciário. Insistem a empregá-la, nos dias atuais, sobrepondo à atual Constituição Federal brasileira, culminando em flexibilizar a imprescindibilidade conferida às instituições essenciais à justiça. Empregam-na (a ideologia inquisitiva), quando ordenam a prisão de pessoas oficiosamente (atualmente, com a nomenclatura de “conversão”), não raras vezes em contraponto à promoção fundamentada do órgão titular da função acusatória; quando recusam vigência à titularidade da ação penal pública, admitindo que policiais se imiscuem no exercício dessa função (cautelares); quando tratam as promoções do titular da função acusatória como mero parecer, em prejuízo do texto constitucional que não mais admite atos de consultoria pelos órgãos do Ministério Público, entre outros.

Cabe ressaltar que não se busca, no presente estudo, nenhuma revolução copérnica, mas apenas um reposicionamento das pedras basilares do sistema de persecução penal brasileiro, tomado a partir das normas da atual Constituição Federal, que adota a estrutura acusatória e democrática para legitimar a restrição de direito fundamental.

Evidencia-se, nessa perspectiva, a impossibilidade jurídico-democrática de se condenar alguém ou proceder a qualquer outra restrição de direito fundamental oficiosa pelo órgão jurisdicional. Por oficiosa, entenda-se, sem requerimento do titular da função acusadora.



Daí decorre a necessária mudança de cultura jurídico-processual a ser levada a cabo no modelo de persecução penal brasileiro, tomado a partir das normas da atual Constituição Federal brasileira. Em suma, é possível posicionar-se pela possibilidade de um processo penal acusatório e democrático, livre, portanto, das premissas inquisitórias.

Sem embargo, apesar das mais recentes alterações legislativas levadas a cabo no CPP de 1941, a prática judiciária, fortemente influenciada pela secular cultura inquisitorial brasileira, tem negligenciado a estrutura acusatória adotada constitucionalmente, fazendo perdurar uma dissonância com as normas constitucionais, como se verá a seguir.

#### **4 A Restrição Cautelar de Direito Fundamental**

Do que visto até o presente ponto, é possível sustentar que a prática reinante no sistema de justiça criminal brasileiro, orientada pela cultura inquisitorial, antidemocrática, portanto, tem na função acusatória a nota da prescindibilidade. Em boa medida, daí se origina a dificuldade de concretização das normas constitucionais fincadas na estrutura acusatória de persecução penal.

A função acusatória, pois, no contexto da cultura inquisitorial e do que se procura firmar, é tomada por prescindível porque a decisão judicial pela qual se restringe direito fundamental é concebida como legítima mesmo quando tomada de modo oficioso, vale dizer, sem pedido do órgão legitimado para a acusação.

Com efeito, é corrente, na atualidade, a autoridade judiciária ordenar a prisão preventiva de alguém (mesmo em sede pré-processual), ordenar a prisão temporária, autorizar busca e apreensão em domicílio, autorizar interceptação de comunicação telefônica, entre outras medidas cautelares, sem requerimento do órgão titular da função acusatória. Assim procede crente de estar autorizado pela lei, descuidando, contudo, das normas constitucionais regentes e fundantes do sistema de persecução penal.

Registre-se, no caso, a situação jurídica da prisão preventiva, consideradas as alterações contidas na Lei nº 12.403/2011. Para muitos órgãos do Poder Judiciário, invocando a literalidade dos incisos I, II e III do artigo 310 do CPP, quando recebem a comunicação da prisão em flagrante de alguém, entendem estar autorizados a, de ofício: relaxar a prisão; “converter a prisão em flagrante em preventiva” e a conceder “liberdade provisória”.

No tocante ao relaxamento da prisão, restando evidenciada a ilegalidade da prisão, no respectivo auto de prisão em flagrante, é dever do juiz proceder ao relaxamento, não apenas por conta do teor da lei, mas sobretudo em face do mandamento contido no inciso LXV do artigo 5º da Constituição Federal, no sentido de que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Não diferente diz respeito à concessão de liberdade a alguém preso em flagrante. Não se aferindo, da situação concreta contida no auto de prisão em flagrante, motivo suficiente para se manter o

autuado na prisão, deverá o juiz conceder a liberdade considerando o disposto no inciso LXVI do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, que dita: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Observe-se que, nas duas situações acima referidas, a intervenção da autoridade judiciária pode ocorrer de ofício, vez que, nelas, referida autoridade mantém-se afinada às normas constitucionais que a têm como única garantidora dos direitos fundamentais. Essa é a função preponderante de qualquer órgão do Poder Judiciário, seja órgão singular, seja colegiado, na persecução penal: garante dos direitos fundamentais.

Essa mencionada função do Poder Judiciário, na persecução penal, não decorre da mera convicção pessoal do autor do presente escrito. Muito diverso, diz respeito e fundamenta-se na análise do conjunto das normas constitucionais pertinentes à persecução penal, frise-se, notadamente em vista dos diversos incisos do artigo 5º e do artigo 129, inciso I, ambos da atual Constituição Federal brasileira; do disposto nos itens 5 e 6 do artigo 7º e no artigo 8º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), com o status normativo supralegal segundo o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2009); e de autorizada literatura jurídica (FERRAJOLI, 2002, p. 671; SILVA, 2011, p. 302; GIACOMOLLI, 2008, p. 35).

Nessa perspectiva, atuando como garante dos direitos fundamentais, a autoridade judiciária competente poderá intervir, mesmo de ofício, para salvaguardar algum desses mencionados

direitos. Aliás, tratando exatamente das possibilidades de atuação *ex officio* do juiz, Giacomolli (2008, p. 35) assinala que “[...] a única admissibilidade válida é da atuação *ex officio* do magistrado para garantir e proteger os direitos e a liberdade do imputado, como guardião das liberdades”.

Observe-se que, nas hipóteses antes assinaladas, quais sejam, no relaxamento da prisão ilegal ou na concessão de liberdade, a intervenção oficiosa da autoridade judiciária competente estará legitimada porque mantida em plena convergência com a função de garantia dos direitos fundamentais. Nesses casos, pode não ocorrer a intervenção do órgão acusador, titular da função acusatória.

De outro ponto, diametralmente oposto, está a previsão legislativa de “converter a prisão em flagrante em preventiva”. Para os que se contentam com o critério legal, certamente o órgão do Poder Judiciário estará, mesmo de ofício, apoiado no referido inciso II do artigo 310 do CPP brasileiro, legitimado a restringir a liberdade da pessoa como consequência jurídica da infração penal.

Distintamente das hipóteses de cabimento da intervenção oficiosa como garante dos direitos fundamentais, o caso da “conversão” da prisão em flagrante em prisão preventiva reclama a intervenção do órgão titular da função acusatória. Por certo, trata-se de medida tendente a restringir (flexibilizar, mitigar) direito fundamental da pessoa, no caso, a liberdade, como consequência jurídica de fato concebido como infração penal. Para

a concretização dessa medida pretendendo a restrição cautelar de direito fundamental, é imprescindível a efetiva atuação da função acusatória.

Como adiantado, para a restrição cautelar de direito fundamental, ordenada por alguma autoridade judicial competente, necessariamente deverá haver a intervenção da função acusatória pretendendo essa restrição, pena de violação da estrutura acusatória da persecução penal constitucionalmente fixada. Nessa perspectiva, não é por demais lembrar que “[...] a Constituição Republicana não é um mero enunciado de intenções, mas indica um perfil claro e consistente de processo penal acusatório (norte para todos os poderes)” (GIACOMOLLI, 2008, p. 12).

Como antes assinalado, ainda perpetua a propagação nos manuais da disciplina processual penal a equivocada compreensão jurídica, afinada com a estrutura inquisitorial de persecução penal, no sentido de que a autoridade judiciária possa decretar a prisão cautelar de alguém prescindindo da atuação do titular da função acusatória. Nessa exata medida, registre-se a inadequada assimilação da titularidade privativa para o exercício da função acusatória pelo Ministério Público (artigo 129, inciso I, da atual Constituição Federal), fazendo perdurar o fracionamento dessa importante função com a polícia na restrição cautelar de direito fundamental (OLIVEIRA, 2011, p. 12). Para além, propaga-se a admissibilidade da atuação oficiosa da autoridade judiciária. Essa ortodoxa posição aproxima — assemelha, reduz — a função da autoridade judiciária à de agente da segurança pública, em detrimento do relevante papel de garante dos direitos fundamentais

preconizado pelo texto constitucional brasileiro de 1988. Está a sugerir que a ordem jurídica constitucional nacional, no tocante à persecução penal, tomada a partir de 5 de outubro de 1988, em pouco ou nada deve repercutir.

É certo que a lei infraconstitucional dita que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, fundamentadamente, “[...] converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes no art. 312 do Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”, consoante artigo 310 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011.

Contudo, é preciso ousar e expor a face no sentido de que essa regra, seguindo os ditames inspirados na persecução penal do CPP de 1941, não se compatibiliza com as normas constitucionais. Ofende, de uma só tacada, a função acusatória e a função reservada à autoridade judiciária como garante dos direitos fundamentais. Essa autoridade até pode decretar a prisão preventiva, mas condicionada a fazê-lo se requerida pelo titular da função acusatória.

Decretando a prisão preventiva, ou, como dito na lei, convertendo a prisão em flagrante em preventiva, de ofício, estará a autoridade judiciária fazendo perpetuar a antes referida “jurisdição-soberania”. Estará preponderando a atuação da jurisdição típica dos regimes autoritários e inquisitoriais. Em detrimento, portanto, de diversos princípios (da imparcialidade judicial, da inércia da jurisdição etc.) e, o mais gravoso, em

detrimento da função constitucional de garante dos direitos fundamentais.

Nessa hipótese de restrição cautelar de direito fundamental não há democracia, não há participação da parte legitimada da função acusatória. Mantém-se o equívoco da atual praxe forense fundada em bases epistemológicas (ultra)passadas, vez que o modelo de persecução penal estruturado em bases inquisitoriais tem por prescindível a função acusatória.

## **5 A Restrição Definitiva de Direito Fundamental**

A referência à restrição definitiva de direito fundamental, aqui considerada, não implica a restrição permanente e inalterável. O termo “definitiva” pretende traduzir apenas a situação jurídico processual da condenação criminal transitada em julgado e por meio da qual se restringe, nos limites da condenação, a liberdade ou algum outro direito fundamental da pessoa.

Como de conhecimento, a vivência sob a regência de um modelo de Estado fundado em bases democráticas, no Brasil, é recente. A experiência é pouca. Daí, afigura-se razoável ponderar que os clássicos ensinamentos de processo penal não se mostram suficientes a alcançar uma argumentação jurídica suficientemente robusta acerca do presente ponto. A exata dimensão do grau de importância dos atos de intervenção das partes no processo penal sugere um necessário desprendimento dos juízos e das promessas de certeza e de segurança propostos pelos Estados totalitários.

Nos Estados totalitários as bases formalistas conduzem, em certa medida, a justificar as suas funções como um fim, não como

meio. Nesse modelo de Estado, o terreno é fértil a fazer prosperar a antes mencionada “jurisdição-soberania”, por meio da qual a função jurisdicional prepondera em relação aos atos de vontade das partes envolvidas no conflito. Esse modelo de jurisdição, em sede de persecução penal, evidencia a proeminência da jurisdição em detrimento dos direitos fundamentais da pessoa.

Essa sobrevalorização da função estatal de dizer o direito (*jurisdictio*), pois, contrapõe-se em superioridade aos direitos fundamentais e torna possível a instrumentalização da pessoa enquanto ser humano. Vale dizer, torna a pessoa um meio, não um fim da atuação do Estado. Decorre, daí, inconcebível e inaceitável rejeição de uma das mais virtuosas construções filosóficas acerca do agir moral humano, pelo imperativo categórico de Kant (2006) por meio do qual é permitido concluir que a pessoa humana não pode servir de meio, de instrumento para algum fim estatal, senão que seja um fim de todas as funções e ações do Estado.

Na estrutura inquisitorial de persecução penal, como mostram os registros históricos (GREEN, 2011; LAS CASAS, 2011), a pessoa é reduzida a objeto, meio e instrumento da supremacia (jurisdição) estatal. Diferentemente, na estrutura acusatória de persecução, as funções estatais são delimitadas umas pelas outras. Busca-se o equilíbrio do jogo processual estabelecido pelas partes em contraditório e pelo consenso. Os argumentos das partes comporão o provimento final, nada obstante, em determinados casos, apenas uma delas poderá ou virá a prevalecer.



Nesse contexto, oportuno relembrar a compreensão de Alberton (2004, p. 90) no sentido de que “[...] a jurisdição é histórica, e, portanto, deve se adequar ao Estado em que ela se realiza”. A jurisdição preconizada no CPP de 1941 certamente está afinada à Constituição de 1937, adequada ao Estado Novo. Mostra-se necessário, portanto, readequá-la e realizá-la em conformidade com o Estado Democrático de Direito, conforme normatizado no artigo 1º da atual Constituição Federal brasileira.

Na estrutura democrática de persecução penal, necessariamente, há: convergência das seguintes funções estatais (legislativa, executiva, judiciária e acusatória) para legitimar a restrição de direito fundamental. Por seu turno, a estrutura inquisitorial de persecução penal se conforma com a convergência das seguintes funções estatais: legislativa, executiva e judiciária. Nessa última a função acusatória é prescindível.

Mesmo que em ambas as estruturas procedimentais penais acima mencionadas os direitos fundamentais sejam o centro de atração das funções estatais, a restrição desses direitos legitimase pela atuação conjunta das respectivas funções estatais em cada modelo de Estado. No modelo inquisitorial de persecução, a restrição estará legitimada pela intervenção das funções legislativa, executiva e judicial. No modelo acusatório, por seu turno, a legitimidade da restrição de direito fundamental estará satisfeita pela intervenção das funções legislativa, executiva, acusatória e judicial. Esse último retrata a antes mencionada teoria da quadridimensão funcional do Estado (RIBEIRO, 2003, p. 334).

Verifica-se que na estrutura inquisitorial inexistente a função acusatória. Nesse modelo de persecução, mesmo que exista algum órgão oficial para provocar o órgão jurisdicional, atuará ele por meio do método conhecido por “denúncia”, cujas consequências processuais sintetizam: a) de não suportar o ônus probatório (PIERANGELI, 2004, p. 36-37; 101-111); b) o órgão denunciante, antes e após o “oferecimento” e “recebimento” da “denúncia”, possui papel meramente figurativo, cujo pronunciamento não rompe a natureza consultiva para o julgador.

Ao contrário, na estrutura acusatória não se terá por legítima a restrição de direito fundamental quando não houver pedido condenatório expresso e fundamentado do órgão legitimado para o exercício da função acusatória. Nesse modelo de persecução promove-se a acusação, cujas consequências processuais são: a) o acusador deve suportar o ônus probatório; b) o titular da função acusatória é órgão executivo cujo pronunciamento é de parte (de execução, não consultivo); c) o pedido de absolvição feito pelo acusador — apenas o absolutório — vincula o órgão julgador.

Oportuno ponderar, no presente ponto, que a imprescindibilidade é da função acusatória, não propriamente do Ministério Público (acusatório formal), vez que dita função pode ser sustentada pelo particular ofendido (acusatório material), como bem ressaltado por Binder (2003a, p. 251-258). Nesse particular, oportuno consignar a jurisprudência da Suprema Corte Argentina que, no julgamento da causa “Tarifeño”, entre outros, ditou pela nulidade da sentença condenatória ante o pedido de absolvição

feito pelo órgão fiscal — Ministério Público — (ANTONINI, 2005, p. 360-363). Lamentavelmente, essa compreensão passa distante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

É certo que a estrutura democrática de processo penal preocupa os partidários da estrutura inquisitorial, eis que, nesse modelo, as decisões não são fruto do consenso, mas da autoridade. Conforme assinala Binder (2003b, p. 55), no modelo inquisitorial “[...] a indagação da verdade é unilateral, carente de diálogo e onde se confia finalmente na decisão de uma só pessoa”.

Os sintomas da mencionada preocupação são evidenciados quando por vezes ecoa alguma voz tentando sustentar que, se o pleito absolutório da acusação vincula o julgador, estará, assim, o órgão acusador, se substituindo ao julgador. Tal posição seguramente está inspirada no modelo inquisitório de persecução penal e traz consigo boa dose mística do caráter sacramental do julgador (GARAPON, 1997, p. 25-93), pela qual há mais confiança no juízo de um único homem, em detrimento do senso comum de dois homens. Ignoram, pois, o caráter democrático contido nos modelos acusatórios que “[...] se baseiam no debate e no diálogo, a discussão e a controvérsia são o método que permite indagar a verdade e confia-se neste mecanismo antes que na clarividência ou mérito de uma só pessoa” (BINDER, 2003b, p. 55).

Considerada a seleção democrática dos direitos fundamentais pelas mais variadas forças políticas instituidoras do poder constituinte originário, como antes sustentado, não se mostra razoável que uma só pessoa, ainda que regularmente investida

na função de dizer o direito (*jurisdictio*), possa, solitariamente, estar legitimada a restringir algum desses direitos. A estrutura democrática de Estado não se compraz com legitimidade dessa ordem, notadamente quando assentada, constitucionalmente, a essencialidade da função acusatória (art. 127, *caput*, da Constituição Federal). O caráter democrático da decisão/sentença exercida por um julgador solipsista fica tanto mais reduzido quando a restrição de direitos fundamentais é procedida de modo oficioso, frise-se, sem requerimento do órgão titular da acusação.

Do que foi discorrido até a presente etapa, tem-se na estrutura democrática de Estado maior afinação com a restrição de direito fundamental fundada no consenso do órgão julgador com a tese acusatória ou com a tese defensiva. Quando essas últimas sustentam e requerem a absolvição, afigura-se estabilizado o exercício do contraditório entre as partes. Esse princípio nuclear do processo não pode ser realizado entre alguma das partes em face do julgador, mas apenas entre as partes. Daí, acrescido da imprescindibilidade (essencialidade constitucional) da função acusatória como legitimadora para a restrição de direito fundamental, acrescido da função de garante desse direito pela autoridade judiciária competente, forçoso ponderar pela inadmissibilidade de provimento judicial condenatório nos casos em que o titular da função acusatória pede a absolvição. Admitir possibilidade contrária é conceber o exercício do contraditório em face do órgão julgador, mesmo não sendo parte processual.

Sem embargo, constatando-se a inexistência de fundamentação do pleito absolutório ou sugestão de peita por parte do órgão acusador, poderá o julgador provocar as instâncias superiores da acusação para conhecimento e adoção de medida pertinente ao caso. No caso do pleito absolutório ser referendado pelas instâncias superiores do Ministério Público, não poderá outra decisão ser tomada senão o provimento final absolutório. Nessa ordem de reflexão o disposto no art. 385 do CPP de 1941 mostra-se ineficaz e não se compatibiliza com as normas constitucionais democráticas, voltadas para o consenso das funções estatais na restrição de direito fundamental.

## **6 Considerações Finais**

Na direção do entendimento pautado nas atuais normas constitucionais, estruturadoras de um modelo de persecução penal nitidamente voltado para um processo penal acusatório e, portanto, democrático, afigura-se pela imprescindibilidade das funções essenciais à prestação jurisdicional, destacando-se a acusatória na imprescindível composição da vontade punitiva estatal.

Todas as funções na estrutura democrática são fundamentais. Dentre tais, no contexto da formação da vontade punitiva estatal, destaca-se a função acusatória. Somente o regular exercício dessa função é capaz de assegurar a imparcialidade e a independência do julgador na persecução penal. Sem ela, a restrição de direito fundamental da pessoa, como consequência jurídica da infração penal, seja cautelar ou definitiva, fica eivada de um evidente

déficit, senão mesmo destituída, no todo, de legitimidade democrática. Sem ela não se concretiza o consenso a ser alcançado no provimento final buscado pelas partes em contraditório.

No Estado Democrático de Direito, as decisões estatais, mormente naquelas em que pode culminar na restrição de direito fundamental, devem ser tomadas no plano do consenso. A jurisdição, nesse contexto, necessita ser compreendida e concretizada dentro e conforme o modelo de Estado em que exercida, vale dizer, no seu tempo histórico.

Quiçá possam as gerações futuras, tudo a seu tempo, inspiradas pela força normativa decorrente da Constituição, superar os fundamentos oriundos do modelo autoritário de Estado em direção ao conteúdo essencial da democracia. Em sede de processo penal, essa essência pode ser retratada no consenso entre acusação e o julgador, ou no consenso entre a defesa e o julgador, tomando-se por imprescindível, em qualquer das hipóteses, a função acusatória.

**Title:** The Essentiality of the Accusatory Function within the Democratic State of Law

**Abstract:** To look upon criminal procedure from the perspective of a democratic state of law is to regard it as the constitutionally established instrument, overcoming authoritarian methods through consensus, for the analysis and decisions of the occurring criminal cases. Given the consensual symmetry found in the elaboration and institution of fundamental rights, by various political forces, it becomes evident that this very symmetry can and should also be maintained in the decision which, having a criminal infraction as a premise, may tend to restrain any of those rights. By means of a Habermasian-structured thought, it is

possible to perceive a high degree of credibility - even in the context of criminal prosecution - to the notion that the restriction of any fundamental right must be necessarily preceded by a consensus between the legislative, executive, accusatory and judicial functions. The accusatory function, converging with the other state functions, is thus indispensable and essential to the legitimization of the judicial provision, whether through an injunction or by definitive terms, for the restraining of fundamental rights.

**Keywords:** Criminal procedure. Democratic state of law. Fundamental rights. Accusatory function.

## Referências

ALBERTON, Genecéia da Silva. Ação comunicativa e jurisdição: uma contribuição habermasiana. *Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 12, n. 23, p. 85-102, jan./dez. 2004.

ANTONINI, Monica A. Fallos “Tarifeño” y “Mostaccio”: el problema del alegato fiscal absolutorio y la condena penal. In: D’ALESSIO, Andrés José. *Colección de análisis jurisprudencial: elementos de derecho penal y procesal penal*. Buenos Aires: La Ley, 2005. 409 p.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Tradução Fernando Zani. Revisão e apresentação Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 292 p.

\_\_\_\_\_. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Tradução Ângela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 122 p.

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

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 678, de 6 de novembro de 1992. Pacto de São José da Costa Rica. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 nov. 1992.

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

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 349.703/RS*. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 16 jan. 2013.

BRITTO, Cláudia Aguiar S. *Processo penal comunicativo: uma abordagem filosófica habermasiana para o processo penal*. Conpendi. Uberlândia, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4558dbb6f6f8bb2e>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8. ed. por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 780 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.



GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. 345 p.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas – provas, ritos processuais, júri, sentenças*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 157 p.

GLEISER, Marcelo. *Criação imperfeita*. São Paulo: Record, 2010. 368 p.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas juridicos y politicos del proceso penal*. Buenos Aires: Europa-América, 1961. 243 p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. 219 p.

GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo*. Tradução Cristina Cavalcanti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. 463 p.

HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tradução Lucia Aragão. Revisão Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. 111 p.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 354 p. v.1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 352 p. v. 2.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 551 p.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006. 182 p.

KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal: (desconstrução hermenêutica do mito da verdade real)*. Salvador: JusPodivm, 2009. 371 p.

LAS CASAS, Bartolomé de. *O paraíso destruído: a sangrenta história da conquista da América espanhola*. Tradução Heraldo Barbuy. Porto Alegre: L & PM, 2011. 176 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na teoria discursiva, legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, 2002. 206 p.

MEDAWAR, Peter D. *Os limites da ciência*. Tradução Antonio Carlos Bandouk. São Paulo: Unesp, 1984. 112 p.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 412 p.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 113 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do processo penal: Lei nº 12.403, de 5 de maio de 2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 884 p.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004. 786 p.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996. 199 p.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. 613 p.

RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado: princípios institucionais, questões atuais, proposta de uma nova divisão dos poderes*. Manaus: Valer, 1999. 237 p.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 302 p.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 211 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das ideias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. 231 p.

---

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

SILVA, Edimar Carmo da. A essencialidade da função acusatória no Estado Democrático de Direito. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 441-481, 2014. Anual.

---

**Submissão:** 6/3/2014

**Aceite:** 24/6/2014



---

# A Hermenêutica na Aplicação da Pena e a Eficácia Social das Normas Penais

## Ana Cláudia de Souza Valente

Analista Processual no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Secretária Executiva da Vice-Procuradora-Geral de Justiça. Pós-Graduada em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília. Bacharel em direito pelo Centro Universitário de Brasília e em Administração Pública pela Universidade de Brasília.

**Resumo:** A questão abordada no presente texto retrata uma aflição antiga quanto ao grau de eficácia social das decisões condenatórias no âmbito do direito penal, especialmente em relação ao alcance da finalidade da pena (preventiva e repressiva), a partir das motivações lançadas pelo aplicador do direito. Sob essa perspectiva, a chamada hermenêutica jurídica, nos moldes do que dispõe Emílio Betti e Hans-Georg Gadamer, naquilo que lhes converge, pode ser instrumento valioso para aplicar a pena mais adequada ao caso concreto, alcançando a satisfação do sentenciado e da sociedade em relação à espécie e à quantidade de pena aplicada. O problema científico levantado, portanto, busca saber se é possível o aprimoramento do positivismo penal no que toca à fixação da pena, para o alcance de maior eficácia social das decisões condenatórias, a partir da utilização dos critérios de hermenêutica jurídica e da compreensão das condições do intérprete. A hipótese inicial é de que é possível aperfeiçoar as decisões condenatórias no âmbito penal, sem que seja substituído o modelo positivista penal, aplicando-se penas mais coerentes e consistentes ao caso concreto, no que concerne, respectivamente, ao maior alinhamento com o ordenamento jurídico e maior justiça na individualização da pena.

**Palavras-Chave:** Hermenêutica jurídica. Finalidade da pena. Eficácia das decisões. Motivação judicial.

**Sumário:** Introdução. 1 Hermenêutica Jurídica. 1.1 Vertente Tradicional. 1.2 Vertente Filosófica. 1.3 Aspectos Convergentes da Vertente Tradicional e da Vertente Filosófica. 2 A Pena do Direito Penal. 2.1 Histórico da Concepção de Pena. 2.2 Finalidades ou Funções da Pena no Direito Penal e o Intérprete-Aplicador do

Direito Penal. 3 Eficácia Social das Normas Relativas à Sanção Penal e a Hermenêutica. 3.1 Aspectos Terminológicos – Eficácia Jurídica e Eficácia Social. 3.2 Contribuições da Hermenêutica na Motivação das Decisões Judiciais para a Eficácia Social das Normas Penais de Aplicação da Pena. 4 Considerações Finais. Referências.

## Introdução

O artigo versa sobre a importância da hermenêutica jurídica como instrumento metodológico para o alcance da eficácia social da aplicação da pena no contexto do direito penal, no sentido de conformação para o réu e de satisfação para a sociedade, como pena adequada ao caso concreto. O tema em questão emergiu da minha experiência vivenciada diariamente na análise de processos criminais no âmbito das Procuradorias de Justiça Criminal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, quando percebi que grande parte das sentenças penais condenatórias são proferidas sem a necessária acuidade, muitas vezes desprovidas de motivações judiciais coerentes e consistentes<sup>1</sup>, ocasionando,

---

<sup>1</sup> Os termos coerência e consistência foram empregados no presente artigo a partir das notas inseridas na Dissertação de Mestrado, defendida em fevereiro de 2014, por Selma Leite Nascimento Sauerbronn de Souza, orientada por MacCormick, no sentido de que a consistência é um conceito ligado à falta de contradições e inconsistências, notadamente na relação entre dois textos normativos de uma ordem jurídica; a coerência vai além, pois se acha relacionada a todo sistema que requer estrutura racional maximizada, de modo a não atender objetivos inconsistentes entre si. SOUZA, Selma Leite Sauerbronn de. Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2014.

por consequência, a ineficácia das decisões judiciais na seara penal, o que poderá atingir a própria finalidade da pena, enquanto sanção que visa a proteger os bens jurídicos eleitos pela sociedade, prevenir e reprimir a prática de outros delitos, em busca da paz social.

Nesse sentido, a partir da percepção dessa realidade, formulei o seguinte questionamento: a hermenêutica jurídica pode colaborar para a eficácia social das normas penais no que toca à fixação da pena? Essa indagação expressa o problema de pesquisa que tem como hipótese guiadora a hermenêutica jurídica, com suas categorias e instrumentos, nas vertentes tradicional e filosófica, podendo colaborar para a eficácia social das normas penais quanto à fixação da pena.

O estudo tem como base teórica as reflexões dos filósofos Emílio Betti e Hans-Georg Gadamer, as quais se acredita ser adequadas para atender à investigação pretendida.

No primeiro item, a explanação enfocará aspectos da hermenêutica com contribuições de Emílio Betti e Hans-Georg Gadamer, tendo o primeiro filósofo se preocupado em abordar aspectos meramente metodológicos da compreensão, a partir de critérios ou cânones para a interpretação da norma jurídica, e estando o segundo, inserido na chamada hermenêutica filosófica, cujo significado destoa do conhecimento objetivo com fundamento em processos metodológicos, mas se preocupa com a existência humana na sua temporalidade e historicidade. O objetivo é compreender a importância da utilização da hermenêutica para



fundamentar as sentenças penais condenatórias no momento da fixação da pena, alcançando a eficácia social das normas de individualização da pena.

No segundo item, a abordagem se dará em relação à finalidade da pena a ser considerada pelo aplicador-intérprete, a partir da hermenêutica jurídica, para, no terceiro item, se analisar o exercício interpretativo, como estratégia das motivações das decisões judiciais, na fixação da pena.

## **1 Hermenêutica Jurídica**

A interpretação jurídica, caso particular da hermenêutica geral, tem como finalidade última revelar, de modo objetivo e controlável, o sentido das ações e das criações humanas (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 20).

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 concretas (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 36). Nesse particular, não se pode afastar a responsabilidade do intérprete-aplicador da lei, que, no campo do direito penal, tem o dever de escolher a pena mais adequada a cada réu, levando em consideração o sistema legal de dosimetria, marcado pela discricionariedade regrada<sup>2</sup>, que ao mesmo tempo reprima a prática delitativa e previna novas ocorrências,

---

<sup>2</sup> Discricionariedade regrada é vista pela autora como mescla de subjetividade conferida por lei ao magistrado para dosar a pena, porém vinculada aos parâmetros fixados na própria lei.

particularmente em cada caso levado à sua apreciação, afastando-se de fatores pessoais no processo construtivo da norma, ao tempo em que valorize critérios metodológicos que auxiliem na interpretação das normas, diminuindo voluntarismos e arbitrariedades.

Diante da realidade posta ao julgador, inclusive do universo normativo à disposição, o aplicador do direito constrói a norma de decisão concreta ou a norma do caso, embora se afirme que apenas aplica o direito à espécie (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 22). 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.

Um texto jurídico não se pode interpretar senão colocando-o em relação com problemas jurídicos concretos, reais ou imaginários, isto é, com soluções que se procuram para os casos ocorrentes, posto que somente na sua aplicação aos casos e na concretização, que assim necessariamente se processa, é que se revela, completamente, o conteúdo significativo de uma norma e esta cumpre função de regular situações concretas (LARENZ, 1978, p. 396).

Nesse passo, o processo dialético da compreensão é atividade infinita, uma vez que a extensão da pauta ou a determinação de seu conteúdo somente se revelam, efetivamente, na solução de casos concretos, mas essa concretização, por outro lado e ao mesmo

tempo, enriquece e desenvolve a pauta, sem que esse processo jamais chegue a seu termo, ou seja, uma interpretação que parecia adequada pode ser demonstrada incorreta, pois sempre são possíveis melhores e novas interpretações (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 37).

Sob essa perspectiva, pode-se servir da conclusão de que a interpretação exige um ir e vir ou um “balançar de olhos” entre a norma e o fato ou entre a possível interpretação e o seu resultado (LARENZ, 1978, p. 355, 396-398). É nesse metafórico balançar de olhos entre previsão normativa e situação normatizada, que o intérprete aplicador estende uma ponte sobre o abismo existente entre a norma e a descrição do fato (ALEXY, 1989, p. 221).

Deve-se atribuir constante adequação das normas aos fatos como requisito *sine qua non* da própria efetividade do direito, que só funciona na medida em que se mantém sintonizado com a realidade social, da qual emerge e sobre a qual atua (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 41). Cabe ao intérprete-aplicador procurar refazer o caminho do legislador ou reconstruir mentalmente a nomogênese jurídica, como procedimento para compreensão dos modelos jurídicos que deve aplicar (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 44).

É somente graças ao trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos (compreensão, interpretação e aplicação dos modelos jurídicos) que se põe em movimento o processo de ordenação jurídico-normativo da vida social. O juiz é agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade

do caso concreto, pois cria norma de decisão concreta ou norma do caso, para realizar a justiça em sentido material, porque está decidindo em vista das particularidades da situação posta a seu julgamento (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 43). As regras do direito só entram em vigor no momento da sua concretização pelo intérprete aplicador (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 43).

Em razão dessa compreensão, a aplicação da pena no direito penal merece redobrada atenção do intérprete-aplicador da lei penal, para que não seja considerada inócua e desvirtue a própria finalidade repressora e preventiva do sistema penal. É nessa perspectiva, que os pilares da hermenêutica jurídica, tratados nos próximos itens deste artigo, servirão de base para a compreensão do imbricamento entre motivação das decisões na aplicação da pena e a eficácia social das normas de direito penal.

O que é imperioso lembrar, quando o tema versa sobre hermenêutica, na atuação como pensadores do Direito, especialmente na seara penal, eis que buscam agir de maneira transformadora da realidade social, econômica e, diga-se ainda, justa, é que se devem utilizar mecanismos que ofereçam um mínimo de segurança possível na construção da norma jurídica aplicável ao caso concreto, reduzindo os fatores pessoais e psicológicos na construção da norma<sup>3</sup>, a partir de prolação de decisões fundamentadas, para só então se falar em eficácia social da aplicação da pena.

---

<sup>3</sup> Prefácio de autoria do doutor José Luiz Quadros de Magalhães, na obra “Hermenêutica Filosófica e Constitucional, de Rodolfo Viana Pereira.

Acerca da importância da hermenêutica na aplicação da lei penal, como instrumento que visa a objetivar as descrições de sentido subjetivo, levando em consideração que as descrições passam pela subjetividade do próprio intérprete, Bleicher distinguiu três tendências hermenêuticas, das quais as duas primeiras serão objeto de sintética descrição nos próximos itens: a hermenêutica tradicional, que se preocupa com aspectos metodológicos da compreensão, com contribuições de Schleiermacher, Dilthey e Betti; a hermenêutica filosófica, cujo intuito não é o conhecimento objetivo por meio de processos metodológicos, e sim a explicação e a descrição da existência humana (*Dasein*) na sua temporalidade e historicidade, tendo Gadamer como um de seus principais seguidores, a partir de estudos de Heidegger, preocupando-se em investigar as condições para a interpretação e, finalmente, a hermenêutica crítica, que detém Apel e Habermas como principais teóricos, na busca de conciliação com a abordagem metódica e objetiva, na perspectiva do conhecimento prático, norteadas pelo princípio da razão como necessidade de comunicação e autodeterminação ilimitadas (BLEICHER, 1992, p. 70).

### 1.1 Vertente Tradicional

O direito, como toda criação do homem, é uma forma significativa ou um substrato dotado de sentido e a tarefa do intérprete, assim, será trazer à tona o significado que se incorporou a determinado objeto. O grande esforço rumo à objetividade e

à controlabilidade do resultado da interpretação consistirá em conceber métodos e critérios que assegurem a autonomia essencial do objeto da interpretação (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 21), e é nessa linha que a vertente tradicional da hermenêutica se amolda.

Pode-se apontar Emílio Betti como sendo o teórico prolator das mais profundas reflexões sobre a hermenêutica como metodologia geral das ciências do espírito, tendo formulado cânones hermenêuticos, a exemplo do “cânone da autonomia hermenêutica do objeto” ou “cânone da imanência do critério hermenêutico” (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 57), e alguns desses critérios se relacionam com o objeto da interpretação e outros com o sujeito, a serem examinados sinteticamente adiante.

Para Emílio Betti, o processo de interpretação destina-se a resolver o problema epistemológico da compreensão, pois interpretar, dependendo da sua função, é trazer algo à compreensão (BLEICHER, 1992, p. 83). Contudo, há uma antinomia entre o objeto e o sujeito da interpretação, materializada na imprescindível objetividade alcançada pela subjetividade do intérprete, isto é, a reconstrução do significado do objeto somente será obtida a partir da subjetividade do intérprete, com suas condições prévias de capacidade de compreensão (BLEICHER, 1992, p. 85).

Considerando esta antinomia entre objeto e sujeito, Betti formula cânones, ou também conhecidos como critérios ou diretrizes de hermenêutica, extraído das lições de Bleicher, conforme breve explanação abaixo:

- a) Cânone da autonomia hermenêutica do objeto: ou também chamado cânone da imanência das normas da hermenêutica, aduzindo que as formas significativas devem ser reconhecidas como autônomas e compreendidas conforme a sua própria lógica de desenvolvimento, as ligações pretendidas, bem como na sua necessidade, coerência e caráter conclusivo (BLEICHER, 1992, p. 86).
- b) Cânone da coerência do sentido (princípio da totalidade): cânone relacionado com o objeto da interpretação, assim como o cânone anterior, esclarecendo as inter-relações e a coerência existentes no seio dos elementos individuais do discurso, isto é, relaciona os elementos entre si com o seu todo comum que permite o esclarecimento e a elucidação das formas significativas em relação ao todo (BLEICHER, 1992, p. 87).
- c) Cânone da atualidade: ou cânone da compreensão efetiva. Cânone que deve ser seguido em qualquer interpretação, ditando, segundo Rudolf Bultmann, que a tarefa do intérprete é retomar o processo criativo, reconstruí-lo dentro de si mesmo e traduzir, de novo, o pensamento alheio, ou seja, adaptá-lo e integrá-lo no nosso horizonte intelectual, à luz de nossas experiências (BLEICHER, 1992, p. 90-91).
- d) Cânone da adequação: ou cânone da adequação do sentido da compreensão ou cânone da correspondência

hermenêutica do sentido. Afirma que o intérprete não deve se colocar acima do objeto a ser interpretado, mas procurar proporcionar à sua própria realidade viva a mais estrita harmonia com o estímulo que recebe do objeto. Ao intérprete cabe colocar-se de forma adequada, afastando-se dos preconceitos e comportamentos internalizados que possam oferecer obstáculos ao entendimento adequado (BLEICHER, 1992, p. 122).

Não há hierarquia fixa entre os critérios de interpretação, de forma que essa pluralidade de métodos torna-se um “veículo da liberdade do juiz”, liberdade vinculada à correção e à justiça da decisão, que até certo ponto pode escolher o método em função do objeto e mesmo do resultado que ele estima ser correto e justo (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 62). Após a análise das contribuições metodológicas projetadas por Betti, passa-se à verificação do conteúdo da hermenêutica filosófica.

## 1.2 Vertente Filosófica

O intuito da hermenêutica filosófica, que tem Gadamer como um dos seus idealizadores, ao contrário do que foi desenhado por Emílio Betti, não é um conhecimento objetivo por meio de processos metodológicos, mas a explicação e a descrição da existência humana na sua temporalidade e historicidade como influência no processo interpretativo, visão que deve ser vista com cautela no presente artigo, na busca por atingir a eficácia social das normas, por meio de decisões fundamentadas, minimizando-se os voluntarismos.



Gadamer sustenta que o compreender é histórico, em virtude de a existência humana ser histórica e em razão de ser histórico o mundo em que nos encontramos. Assim, é possível afirmar que o processo de compreensão é compreender a si mesmo, pois a existência humana requer um constante compreender e um interpretar (SILVA, 1995, p. 311).

Não se olvide que o intérprete, para compreender o significado de um texto, embora deva olhar para o passado e atentar para a tradição, não pode ignorar-se a si mesmo nem desprezar a concreta situação hermenêutica em que se encontra, pois o ato de concretização de toda norma jurídica ocorre no presente e não no tempo em que ela foi produzida (GADAMER, 1993, p. 396-401).

Quando o tema é interpretação, enquanto construído hermenêutico, não é possível, portanto, eliminar a participação do intérprete, já que o dualismo sujeito-objeto é da essência do conhecimento e, na relação subjetivo-objetiva, um termo só é o que é enquanto o é para o outro (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 22). O intérprete detém, assim, importante papel na busca incessante pelo atingimento da eficácia social das normas, termo a ser esclarecido no item 3, mas que *a priori* pode ser concebido como a carga de conformismo do réu quanto à quantidade e espécie de pena aplicada a ele e de satisfação manifestada pela sociedade quanto à decisão prolatada pelo Judiciário, a partir do conteúdo e motivação lançados na sentença penal condenatória.

Contudo, a participação do intérprete, na qualidade de ser dotado de temporalidade e historicidade, não pode ser arbitrária

no momento da aplicação da lei e da fixação da pena no campo penal, de modo que alguns critérios de controle são chamados para atribuir legitimação à atividade hermenêutica, como a consciência jurídica geral e o devido processo legal. Esses controles impedem os voluntarismos sem inibir a necessária criatividade de intérpretes e aplicadores da lei (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 23).

Todos os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação, sendo certo que nenhuma interpretação se realiza no vazio. Ao contrário, trata-se de uma atividade contextualizada, que se leva a cabo em condições social e historicamente determinada, além dos condicionamentos socioculturais ou ideológicos dos intérpretes e aplicadores do direito (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 55-56).

Deve-se ter cuidado com os preconceitos, isto é, “[...] aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto” (GADAMER, 1993, p. 405). Gadamer (1993, p. 405) aduz que uma consciência formada hermeneuticamente tem de se mostrar receptiva para a alteridade do texto, não consistindo essa receptividade em “neutralidade” ou “autoanulamento”, mas sim no autoconhecimento, dando-se conta das próprias antecipações.

Do mesmo modo deve-se combater a falsa e prévia aceitação do argumento de autoridade, no sentido de que “[...] nem a autoridade do magistério papal nem o apelo à tradição podem tornar supérflua a atividade hermenêutica, cuja tarefa é defender

o sentido razoável do texto contra toda imposição” (GADAMER, 1993, p. 417).

Quanto à categoria distância temporal, sustenta Gadamer (1993, p. 446-447) que o conhecimento objetivo somente pode ser atingido com certa distância histórica, que permite compreender os verdadeiros preconceitos, pois para o filósofo “[...] a distância é a única que permite uma expressão completa do verdadeiro sentido que há numa coisa”.

Em relação à categoria horizonte, como fase da compreensão, a hermenêutica gadameriana considera que todo aquele intérprete deve possuí-la, caso contrário não conseguirá ver longe e supervalorizará aquilo que estiver mais próximo. Para Gadamer (1993, p. 456), “[...] ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não para apartá-lo de vista, senão que precisamente para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos”.

Nota-se que a hermenêutica gadameriana circula entre a compreensão do intérprete de si mesmo com o próprio texto a ser compreendido, levando à conclusão de que o processo interpretativo possui carga subjetiva, que não deve ser afastada, mas conhecida.

### 1.3 Aspectos Convergentes da Vertente Tradicional e da Vertente Filosófica

O estudo da hermenêutica possibilita identificar aspectos

convergentes entre a vertente tradicional, aqui representada por Emílio Betti, e a vertente filosófica, na concepção de Hans-George Gadamer, especialmente quanto ao aspecto antropológico e racional da interpretação das normas jurídicas, isto é, da importância que detém o próprio intérprete-aplicador da lei, na qualidade de ser dotado de historicidade e temporalidade, sem se afastar de critérios metodológicos na busca por uma decisão judicial consistente e coerente na fixação da pena.

Não se pretende apontar qual das duas vertentes deve se sobressair no processo interpretativo, até porque, no campo da hermenêutica, o estudo do tema se mostra atemporal e não se identificam hierarquias entre elas. Ao contrário, todas as vertentes hermenêuticas se completam e possuem importância no momento da aplicação da lei.

O último cânone apresentado por Betti, da adequação, ou cânone da adequação do sentido da compreensão ou cânone da correspondência hermenêutica do sentido, afirma que o intérprete não deve se colocar acima do objeto a ser interpretado, mas procurar proporcionar à sua própria realidade viva a mais estrita harmonia com o estímulo que recebe do objeto (BEICHER, 1992, p. 122). Essa visão adéqua-se às descrições de Gadamer na vertente filosófica, como se mostrará.

A interpretação das normas jurídicas, na visão de Canotilho, e na linha do que propõe Betti, pode ser concebida como conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas

e epistemológicas) diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 61).

Assim, ao intérprete cabe colocar-se de forma adequada, afastando-se dos preconceitos e comportamentos internalizados que possam oferecer obstáculos ao entendimento adequado (BEICHER, 1992, p. 122). Esse raciocínio bettiano harmoniza-se com as categorias propostas por Gadamer, quando se afirma que as experiências de vida do intérprete, incorporadas no seu íntimo, podem influenciar na atividade interpretativa, devendo buscar sempre certa distância temporal e horizontal. Assim, a elaboração de uma situação hermenêutica requer a obtenção do horizonte de indagação adequada para as questões postas frente à tradição (GADAMER, 1997, p. 456).

O grande achado diz respeito à viragem hermenêutica, isto é, o abandono dos tradicionais métodos e critérios interpretativos (que aprisionam o aplicador do direito) e a adoção de pautas axiológicas mais amplas e flexíveis, que permitam ajustamentos interpretativos exigidos por um mundo complexo (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 64), levando em consideração cada ser humano como ser integrante do processo interpretativo.

Nesse sentido, ao se proferir uma decisão judicial, é inadequada a utilização de argumentos de autoridade, assim como se deve ter cuidado com as tradições, a partir de reproduções jurisprudenciais que não se compatibilizam com as circunstâncias específicas do caso levado à apreciação ao Judiciário, tampouco com a finalidade do próprio sistema penal, mormente ao se definir uma pena no caso concreto, levando em consideração que toda

pena deve revestir-se de caráter preventivo e repressivo, o que será objeto de apreciação adiante.

## **2 A Pena no Direito Penal**

### **2.1 Histórico da Concepção de Pena**

A missão do direito penal “[...] é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena” (BATISTA, 1999, p. 46). Nesse sentido, a pena, portanto, é o instrumento de coerção de que se vale o direito penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade (GRECO, 2013, p. 2). Por esse motivo a busca pela fixação de uma pena justa torna-se extremamente importante no âmbito do Estado Democrático de Direito, algo a ser visado pelo intérprete-aplicador da lei.

Contudo, a apreciação das finalidades ou funções da pena exige exame prévio de suas origens, para se perceber a gradativa transferência das formas de castigo para um poder central, atualmente na figura do Judiciário, encarregado de administrar o sistema penal e aplicar a pena tida como mais adequada ao caso concreto, por meio da proporcionalidade, alcançando a satisfação do réu e da comunidade, bem como auxiliando na prevenção e repressão das práticas criminosas.

As punições remontam ao aparecimento do primeiro sistema de relações entre os humanos nas Escrituras Sagradas (BOSCHI, 2004, p. 93). Como bem lembrou Greco (2013, p. 472), a primeira pena aplicada na história da humanidade ocorreu

ainda no paraíso, quando, após ser induzida pela serpente, Eva comeu o fruto proibido e fez que também Adão o comesse, razão pela qual, além de ser aplicadas outras sanções, foram expulsos do jardim do Éden.

Depois dessa condenação aplicada por Deus, o homem também adotou o sistema de aplicação de penas quando passou a viver em comunidade, aplicando-as toda vez que as regras da sociedade fossem transgredidas (GRECO, 2013, p. 472).

Na antiguidade, a pena na cultura dos povos primitivos baseava-se na vingança coletiva e no vínculo de sangue, segundo o qual aqueles que possuíam a descendência comum se incumbiam de exigir satisfação daquele que praticou a ofensa, podendo, inclusive, ocorrer a expulsão do ofensor do grupo ao qual fazia parte, retratando sentimento coletivo de repulsa ou represália do grupo contra o agressor (MARQUES, 2008, p. 10-11).

Contudo, a vingança de sangue, porquanto desvinculada de um poder central e despido de controle externo de sua extensão, tornava-se interminável e gerava guerras infundáveis entre as famílias, em prejuízo da própria comunidade, que restava enfraquecida, atingindo muitas vezes crianças e pessoas doentes (MARQUES, 2008, p. 11).

Diante do caos instaurado pelo sentimento de vingança, pouco a pouco a aplicação da pena passou a ser exercida por um poder central, como começou a ocorrer na antiguidade. Contudo a visão vingativa persistiu, somente transferindo o poder de punir das famílias e grupos com o fim de manter certa ordem social e

evitar guerras entre os grupos (MARQUES, 2008, p. 12). Nesse sentido, Marques (2008, p. 14) afirma que “[...] a razão para os limites impostos à vingança foi a preservação da comunidade, posta em perigo pela vingança interminável no âmbito particular, impregnada de emoção e de ausência de proporção com a ofensa.”

Além da vingança de sangue, o período primitivo foi marcado pelos totens e tabus regiam as comunidades, levando os homens primitivos à crença em forças sobrenaturais para explicar fenômenos naturais não compreendidos por eles, gerando consequências no sistema punitivo, pois a violação aos princípios totêmicos implicava punição aos transgressores (MARQUES, 2008, p. 16-17).

Marques afirma que, segundo Freud, totem é, via de regra, um animal (comível e inofensivo ou perigoso e temido) e mais raramente um vegetal ou um fenômeno natural (como a chuva e a água), que mantém relação peculiar com todo o clã, como espírito guardião e auxiliar. Os integrantes do clã eram obrigados a não matar nem destruir seu totem, além de evitar comer sua carne. A violação aos princípios totêmicos implicava punição aos transgressores (MARQUES, 2008, p. 16-17).

O tabu é considerado o código não escrito mais antigo do homem, consistia na proibição convencional decorrente de uma tradição, com caráter sagrado, sem explicação ou origem precisa, destituída de motivo e misterioso na origem, que passava a integrar os princípios da comunidade e era transmitido de geração para geração. A violação do tabu transformava o transgressor em tabu, tornando-o perigoso e impuro, aplicando-se atos de expiação e



purificação, por meio de cerimônias purificadoras, para evitar o contágio (MARQUES, 2008, p. 18-19).

Nas civilizações antigas, as justificativas religiosas ganham peso no momento de aplicação da pena, em atenção ao “estado teológico”, cuja pena, como regra, justificava-se em fundamentos religiosos e almejava satisfazer a divindade ofendida pelo crime (MARQUES, 2008, p. 23). Os sacerdotes passaram a regular as penas, utilizando o sacrifício como forma de apaziguar a fúria dos deuses (MARQUES, 2008, p. 23). Durante esse período, a punição não perdeu o caráter vingativo, mas evoluiu com conceitos relativos à retribuição proporcionada à ofensa e composição voluntária em dinheiro (MARQUES, 2008, p. 43).

Assim, nesse período, pode-se concluir que os atos vingativos ultrapassavam a extensão e a gravidade da falta, podendo acarretar a eliminação de inocentes ou do próprio grupo, desde que indicados pela vítima, não havendo a mínima preocupação com a equidade ou com a justiça. Essas reações desproporcionais davam azo a lutas grupais de consequências irreparáveis para ambas as partes, de modo que aos poucos foram sedimentando a ideia de limitação das penas para atingir apenas o autor imediato e direto do delito, substituindo a vingança de sangue por outras penas, como a expulsão do ofensor e seu banimento do próprio território (BOSCHI, 2004, p. 95).

O chamado “Livro dos Livros” (“Êxodo”) e o “Código de Hamurabi” (na conhecida máxima “olho por olho, dente por dente”) são apontados como primeiras manifestações da

noção de punição proporcional à falta cometida (BOSCHI, 2004, p. 95). Não obstante as críticas quanto à dificuldade de determinar o grau de afitividade de outra pessoa para estabelecer a pena ao caso, o modelo talional, ao menos em nível teórico, preservava a proporcionalidade e a pessoalidade, o que inspirou as Constituições modernas, como dispõe o art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal brasileira (BOSCHI, 2004, p. 96).

Após o talião seguiu-se a pena de composição, que “[...] consistia no pagamento de indenização, em dinheiro ou com outros bens, à vítima ou aos seus familiares, ao qual era estabelecida conforme as regras legais ou consuetudinárias vigentes [...]”, direcionando a reação ao patrimônio e não mais ao corpo do autor da falta (BOSCHI, 2004, p. 96).

No início da idade média, as práticas eram marcadas pelas superstições e pela crueldade, sem chance de defesa pelos acusados, sob influência dos “ordálios ou juízos de Deus”, ocasião em que deveriam caminhar sobre o fogo ou mergulhar em água fervente para provar sua inocência (MARQUES, 2008, p. 23). Com o trânsito do mundo greco-romano para o medieval, a fé religiosa marcou a unidade e a estabilidade entre os povos, o homem passou a ser visto como imagem e semelhança de um único deus, de modo que a reconstrução dos valores humanos pregados pelo cristianismo, assim como o amor ao próximo, influenciaram as práticas penais (MARQUES, 2008, p. 47).

A Igreja contribuiu para o declínio dos ordálios e de outras práticas supersticiosas e humanizou as práticas penais,

com a instituição do asilo religioso e o fortalecimento da ideia de proporcionalidade entre o crime e o castigo, não obstante as perseguições oriundas da Inquisição, tendo a pena caráter medicinal, isto é, não busca um fim em si mesma, mas a salvação futura do criminoso, revelando ato de compaixão e de caridade (MARQUES, 2008, p. 51-54).

A concepção da pena na época moderna, marcada pelo Renascimento, foi concebida principalmente por Maquiavel, Thomas Hobbes e Thomas More. O primeiro, em sua obra intitulada “O príncipe”, defendia que os fins mais vantajosos para o Estado justificavam os meios, de forma que os castigos poderiam ser aplicados como forma de intimidação e manutenção do poder absoluto.

A obra de Maquiavel reveste-se de atualidade, pois, nas palavras de Marques (2008, p. 61), “[...] exaltava o poder de intimidação do castigo, tese hoje defendida por aqueles que acreditam na severidade da retribuição como forma de intimidação para prevenir a criminalidade, dentro da teoria relativa à sanção penal”.

O segundo, por sua vez, na obra “Leviatã”, sustenta a origem contratual do direito de impor sanções penais, o castigo tinha como fundamento a correção ou o exemplo para os outros, ou seja, também possuía caráter intimidativo, devendo limitar-se ao *quantum* previsto na legislação, sob pena de equiparar-se à vingança, além de consagrar o princípio da inocência.

Por último, o terceiro, na obra “Utopia”, sugeriu uma cidade

ideal sem tribunais criminais, tendo a pena caráter reeducativo, propondo que os ladrões prestassem serviços à comunidade, desde que não praticassem crime mediante violência. Para o último autor, a punição não possui a eficácia de afastar o autor da conduta delituosa e propunha um direito penal de âmbito familiar, no qual os maridos seriam responsáveis pela punição de suas esposas e os pais, pelos seus filhos (MARQUES, 2008, p. 46-66).

Na sequência, surge o Absolutismo, entre os séculos XV e XVIII, quando os feudos são substituídos por monarquias absolutas de direito divino, reinando exageros e arbítrios, negando-se direitos políticos e individuais, atribuindo-se ao monarca autoridade incontestável, com atos de punição crudelíssimos (MARQUES, 2008, p. 71-73).

Assim, a Idade Média também foi período dominado por penas cruéis e desproporcionais que impunham execuções rotineiras, sendo certo que o fim dos suplícios do corpo teve como marco a Revolução Francesa, que se preocupou com o sistema de liberdades e garantias (BOSCHI, 2004, p. 96-97).

A reação a esses atos bárbaros surge com o próprio desenvolvimento da humanidade, a partir da Revolução Francesa, com ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, ocasionando o fim gradativo dos suplícios impostos pela vingança pública, forçando a sociedade a encontrar uma forma humana e justa de punir os criminosos, com proporção entre as transgressões e o castigo, o que ocasionou a mitigação das penas. Com o fim do Absolutismo, as sanções perderam a função de reafirmar o poder

do rei e passaram a constituir uma represália em nome da própria sociedade (MARQUES, 2008, p. 79).

A pena foi perdendo o caráter religioso, de penitência, predominando a razão sobre questões espirituais, por influência dos filósofos iluministas (MARQUES, 2008, p. 80). Nesse ambiente das luzes, Marques sustenta que o surgimento do livro de Cesare Beccaria, “Dos delitos e das penas”, publicado em 1764, pode ser considerado a antecipação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a base para as teorias da Escola Clássica de direito penal, fundadas no livre-arbítrio (MARQUES, 2008, p. 80).

Beccaria foi o primeiro abolicionista da pena de morte, por considerá-la cruel e ineficaz à prevenção geral<sup>4</sup>, aceitando-a apenas em casos excepcionais que afetem a segurança nacional ou revoluções perigosas quanto à forma de governo previamente estabelecida. Insurgiu-se de forma abrangente contra as injustiças do Absolutismo do século XVIII e sustentou o abrandamento das penas, que deveriam ser aplicadas somente em casos de extrema necessidade (MARQUES, 2008, p. 81-83).

Segundo Marques, esse critério de necessidade das penas passou a constituir um dos alicerces do direito penal contemporâneo, a exemplo do atual Código Penal, no art. 59, que prevê que a pena seja fixada segundo critério de necessidade e suficiência para a reprovação e a prevenção do crime (MARQUES, 2008, p. 83).

---

<sup>4</sup> Prevenção geral dentro do escopo de salvaguardar a sociedade atingida pelo crime.

Nesse recorte histórico até a corrente clássica, pode-se perceber um avanço quanto à aplicação de penas, antes baseada em castigos corporais e na vingança do rei, com caráter religioso, para nova fase humanitária, em que a sanção tornava-se uma resposta do próprio corpo social à prática do crime, surgindo os primeiros abolicionistas da pena capital. Com a nova corrente filosófica, a pena passou a ser aplicada de modo proporcional ao dano causado pelo crime e à necessidade de sua imposição, seja pela reprovabilidade da conduta, seja para a prevenção de infrações futuras, ou, ainda, para a segurança e a tranquilidade social, restando a justiça da pena consubstanciada nessa proporcionalidade (MARQUES, 2008, p. 104).

Ao período clássico seguiu-se o do positivismo criminológico<sup>5</sup>, representado aqui por Cesare Lombroso, quando se inverteu o método habitual, segundo o qual as instituições e as tradições determinavam a natureza criminal, para investigar o criminoso em si, visto como um ser enfermo, em razão de sua herança patológica ou pelo determinismo social (MARQUES, 2008, p. 106).

Na concepção de Lombroso, o delinquente, detentor de anormalidades anatômicas e fisiológicas bem definidas, está

---

<sup>5</sup> Positivismo criminológico ou criminologia positivista é uma das escolas da criminologia, que tem como específica função cognoscitiva e prática, individualizar as causas do crime, os fatores que determinam o comportamento criminoso, a partir de uma concepção patológica da criminalidade, ou seja, baseava-se nas características biológicas e psicológicas que diferenciavam os sujeitos “criminosos” dos indivíduos “normais” (BARATA, 2011, p. 29-30).

fadado a cometer crimes, pois não passou pelo processo de civilização, não conseguindo manter-se dentro dos parâmetros de comportamento prescritos pelo ordenamento jurídico-penal, motivo pelo qual, diante da ausência de livre-arbítrio, torna-se ineficaz qualquer castigo a ele aplicado (MARQUES, 2008, p. 107-109).

Para Marques (2008, p. 109), a obra de Lombroso, “[...] concentrada no estudo do homem delinquente, motivou o surgimento da criminologia e das ciências a elas relacionadas, como a psicologia, a biologia e a sociologia”.

O referido autor conclui que:

A escola positiva contesta o sistema retributivo tradicional e não cogita da existência de culpa por parte do autor da infração, porquanto este não possui o livre arbítrio. Consequentemente, a pena não se fundamenta como castigo ou como meio de restabelecer a ordem social violada pelo crime, mas como medida de proteção social, com duração condicionada à ausência de periculosidade do infrator (MARQUES, 2008, p. 115).

Após, ao final do século XIX, Liszt conciliou alguns princípios da escola clássica e positivista para sustentar o poder intimidativo das penas abstratamente previstas, o que respalda aumentos de pena, inclusive a aceitação da pena capital em alguns países, e os movimentos chamados de “lei e ordem”, que visam ao retorno do sistema penal rigoroso (MARQUES, 2008, p. 119-120).

As penas privativas de liberdade, as restritivas de direito e as penas pecuniárias compõem a última fase da cadeia evolutiva das penas, deixando para trás as temidas penas cruéis (BOSCHI,

2004, p. 97) e, de certa maneira, buscando adequar a pena à gravidade do crime.

Atualmente percebe-se principalmente nos países ocidentais uma preocupação maior com a integridade física e mental dos apenados, bem como com a vida de todos os seres humanos, visando à preservação da dignidade da pessoa humana, afastando os tratamentos degradantes ou cruéis, muito embora alguns países considerados desenvolvidos, como os Estados Unidos da América do Norte, ainda apliquem a pena capital sob diversas formas (GRECO, 2013, p. 474), o que nos leva à conclusão de que o caráter vingativo da pena persiste até hoje.

Assim, a demanda de vingança, inerente à natureza humana, permanece enraizada, não sendo afastada pelos fundamentos científicos das diversas finalidades atribuídas às penalidades, ou pelas soluções penais modernas. Por isso, a conscientização do histórico da aplicação da pena, a partir de uma realidade mítica até o período humanitário, permite reflexão sobre as práticas penais até o momento, a fim de que, na atualidade, o intérprete-aplicador da lei, no momento da aplicação da pena, possa efetivamente alcançar eficácia social.

O momento atual é de reflexão quanto ao modo de se chegar às finalidades repressiva e preventiva da pena, a partir de decisões judiciais motivadas, coerentes e consistentes, que devem aplicar a lei diante da realidade posta, empregando critérios de interpretação e afastando-se de sentimentos próprios, a teor do que se expõe no próximo tópico.



## 2.2 Finalidades ou Funções da Pena no Direito Penal e o Intérprete- -Aplicador do Direito Penal

A análise histórica sobre as funções da pena no âmbito criminal, especialmente o caráter vingativo e, mais tarde, evoluindo para a ideia de proporcionalidade, servem de base para a compreensão do atual sistema adotado pelo Brasil, de repressão e prevenção, assim como permitem entender por que as sentenças penais condenatórias precisam se pautar, no caso concreto, em critério de interpretação para individualizar a conduta criminosa, para se obter a pena tida como mais justa e adequada ao sentenciado, levando em consideração interpretações desprovidas de argumentos de autoridade e voluntarismos, a fim de atingir a sonhada eficácia social das normas penais.

O art. 59 do Código Penal estabelece que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime, isto é, a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta criminosa e também prevenir futuras infrações penais (GRECO, 2013, p. 475). Do mesmo modo, o art. 1º da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84), prevê a criação de condições para a integração social harmônica do condenado e do internado (BOSCHI, 2004, p. 112).

Nesse sentido, a doutrina acentua que as teorias justificadoras das finalidades da pena classificam-se em retribucionistas e prevencionistas (BOSCHI, 2004, p. 108). A primeira, absoluta, defende o caráter retributivo, com fim exclusivo de castigar o autor do fato, verdadeiro resquício da noção de pena na

antiguidade (vingativo) e a segunda, o caráter preventivo da pena. Para Ferrajoli, essas teorias significam o seguinte:

[...] são teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação”, ou, ainda, “retribuição” do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, “relativas” todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos (FERRAJOLI, 2010, p. 204).

A concepção retribucionista da pena guarda algum paralelo com o talião, uma vez que incentiva a retribuição do mal com o próprio mal o que, na visão de Boschi, implica legitimação da vingança pelo Estado, dispensando-se o ofendido de manchar ele próprio as mãos com o sangue da vítima (BOSCHI, 2004, p. 110).

Greco acentua que a teoria relativa se fundamenta no critério da prevenção geral e da especial, ambas nos aspectos positivos e negativos. A prevenção geral negativa (prevenção por intimidação), quer dizer que a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, impondo a reflexão de todos aqueles inclinados para a prática de crimes a comportar-se em conformidade com o direito. De outro lado, a prevenção geral positiva vai além de demover aqueles que já tenham incorrido em crimes ou que pensem em fazê-lo, mas busca infundir na consciência geral a necessidade de respeito a determinados valores promovendo verdadeira integração social (GRECCO, 2013, p. 475-476).

Quanto à prevenção especial, igualmente são notados dois sentidos, positivo e negativo. O sentido negativo refere-se à neutralização daquele que praticou a infração penal, nos casos de privação de liberdade, em que se retira o agente do convívio social, impedindo-o de praticar novas infrações penais. O aspecto positivo da prevenção especial tem caráter ressocializador e individual, fazendo que o agente medite sobre a prática do crime, sopesando suas consequências, inibindo-o de cometer outro (GRECO, 2013, p. 476).

O Código Penal brasileiro adota a teoria mista ou unificadora da pena, pois, conforme pode ser notado na parte final do art. 59 do *Codex*, a finalidade da pena está centrada tanto na reprovação como na prevenção do crime, unificando-se as teorias absoluta e relativa, na busca por uma das espécies de pena, privativas de liberdade, restritivas de direitos ou multa (GRECO, 2013, p. 476-477).

As críticas já conhecidas sobre as teorias acima, a respeito da intimidação atentando contra a dignidade humana, uma vez que converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras, e quanto à ressocialização em um sistema penal falido, no qual o cumprimento da pena corrompe ainda mais a personalidade do agente (GRECO, 2013, p. 477-478), assim como a dificuldade de impor ressocialização em meio a uma sociedade extremamente desigual (BOSCHI, 2004, p. 113), leva-nos à diversas reflexões sobre o papel da pena.

Contudo, deve ser esclarecido que essas críticas, embora respeitáveis, não são objeto de análise nesse artigo, que se preocupa com o modo pelo qual o aplicador-intérprete da lei aplica a sanção ao caso concreto, levando em consideração critérios de hermenêutica como ponte para alcançar a eficácia social das normas. Os próximos tópicos se ocuparão dos temas referentes à eficácia social das normas e à motivação das decisões.

### **3 Eficácia das Decisões**

As penas fixadas nas sentenças penais condenatórias muitas vezes revestem-se de inocuidade e injustiça, no sentido de que os apenados ou não sentem seus efeitos, como é o caso de penas pecuniárias onde condenados de elevado poder econômico não são atingidos e os de baixo poder econômico muitas vezes não conseguem pagar, atingindo terceiros inocentes como parentes ou amigos, como já previa Boschi (2004, p. 97), que acabam suportando o pagamento em benefício do réu, ou ainda a própria sociedade não concorda com a quantidade de pena atribuída ao sentenciado e com os fundamentos da decisão.

Portanto, a legitimidade da pena pressupõe sua sujeição a controles de racionalidade e de eficiência na consecução de seus fins (BOSCHI, 2004, p. 111), e mais do que isso, precisa ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, para somente a partir desse ponto, alcançar a eficácia social das normas penais de fixação de pena.

### 3.1 Aspectos Terminológicos – Eficácia Jurídica e Eficácia Social

É certo que existem diversos conceitos de eficácia, a depender do enfoque e do ramo do direito ou da ciência que se pretenda abordar. Porém, o presente artigo refere-se ao conceito de eficácia social, insculpido no âmbito do direito constitucional, até porque o princípio da individualização da pena, que deve nortear a escolha da sanção nas sentenças penais condenatórias, encontra amparo constitucional<sup>6</sup>. Não se abordará a eficácia jurídica, razão pela qual se faz necessária breve distinção entre os termos, para melhor compreensão de sua aplicação no âmbito do direito penal, no momento de fixação da pena.

A eficácia social de uma norma, segundo Kelsen, nas citações de José Afonso da Silva (2000, p. 66), se resume no “[...] fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verifique no mundo

---

<sup>6</sup> Art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

Individualizar significa, nas precisas palavras de Nucci, tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico. A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou co-réu. Nucci aprimora ainda o conceito de individualização da pena, aduzindo que sua finalidade e importância traduz-se na “fuga de padronização da pena” (NUCCI, 2009, p. 34).

dos fatos”. Para o referido autor, é o que tecnicamente se chama efetividade da norma. Assim, para alcançar eficácia social e aplicabilidade, as normas devem ser “efetivamente observadas e cumpridas” (SILVA, 2000, p. 52).

A eficácia social igualmente pode ser vista como uma “[...] relação semântica entre a norma constitucional (signo), não só com relação à realidade fático-social a que se refere, mas também com os valores positivos (objetos denotados)” (DINIZ, 1989, p. 71).

Nesse sentido, “[...] haverá eficácia social da norma constitucional, se ela for, portanto, obedecida e aplicada pela autoridade, porque se adapta à realidade fático-social e aos pontos de vista valorativos da sociedade que visa disciplinar” (DINIZ, 1989, p. 72).

Reafirmando o conceito acima, Tércio Ferraz Jr. (apud DINIZ, 1989, p. 72) aduz que será eficaz socialmente “[...] o preceito constitucional que encontrar na vida social e nos valores objetivos as condições de sua obediência [...]”, sendo efetivamente aplicada, ou observada, pelos órgãos de competência normativa. Portanto, não basta que a Constituição Federal materialize o princípio da individualização da pena e que o legislador ordinário prescreva as finalidades preventivas e repressivas da pena no Brasil, sendo certo que o aplicador-intérprete necessariamente deverá buscar concretizar a norma no caso concreto, em cada caso, a partir da realidade fática e das condições pessoais do réu, motivando firmemente suas decisões.

A eficácia jurídica diz respeito “[...] às condições fáticas, axiológicas e técnicas de atuação da norma jurídica. A eficácia vem a ser a qualidade do preceito normativo vigente de produzir efeitos jurídicos concretos” (DINIZ, 1989, p. 68). Então, em sentido técnico, a eficácia de uma norma

[...] indica que teria possibilidade de ser aplicada, de produzir efeitos jurídicos, porque foram cumpridas as condições requeridas (eficácia jurídica), sem que haja qualquer relação de dependência de sua observância ou inobservância pelos seus destinatários (DINIZ, 1989, p. 68).

No sentido jurídico, portanto, a eficácia diz respeito “[...] à aplicabilidade, exigibilidade, executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”, ou seja, a eficácia seria a “capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas” (SILVA, 2000, p. 66).

A eficácia jurídica é a aptidão técnica da norma para produzir efeitos jurídicos implicando, tão somente, a mera possibilidade da aplicação da norma (DINIZ, 1998, p. 37-38). Diferencia-se da eficácia social, pois a eficácia social relaciona-se não apenas com a possibilidade de aplicação da norma, mas sim com a aceitação da norma pela sociedade. Tal diferença pode ser percebida no trecho em destaque:

[...] a eficácia vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos [...] ou seja, é quando uma norma jurídica vigente produz efeitos jurídicos concretos na sociedade [...], há a eficácia jurídica quando a norma é aplicada produzindo

efeitos por cumprir condições exigidas, e eficácia social quando é obedecida pelas pessoas a quem se dirige (DINIZ, 1998, p. 30-31).

José Afonso (2000, p. 66) conclui que, em se tratando de normas jurídicas,

[...] se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.

Logo,

[...] uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social (SILVA, 2000, p. 66).

Nesse plano, a eficácia social será interpretada no âmbito da etapa de individualização da pena no direito penal para se atingir as finalidades da pena, preventiva e repressiva, satisfazendo o réu e a sociedade quanto à espécie e à quantidade de pena aplicada, a partir de uma decisão judicial motivada, com amparo na hermenêutica.

Assim, na esteira do que orientam os princípios de natureza utilitarista de Ferrajoli (pena deve ser útil), Boschi aduz que:

[...] o Estado precisa utilitariamente aplicar a pena para que o ofendido e as outras pessoas da comunidade não tenham que fazê-lo e, satisfeitos, sintam-se confiantes na ação de direito e das instituições de controle social que têm por função fazê-lo incidir nas situações concretas (BOSCHI, 2004, p. 126).



Essa utilidade/efetividade da pena para o réu e para a sociedade, que deve se ater às finalidades repressivas e preventivas, é o que este artigo reconhece como eficácia social.

### 3.2 Contribuições da Hermenêutica na Motivação das Decisões Judiciais para a Eficácia Social das Normas Penais de Aplicação da Pena

Em meio à grande problemática que envolve a fixação da pena, especialmente quanto ao alcance de suas finalidades, preocupei-me com a motivação atual das decisões judiciais<sup>7</sup>, no momento da escolha da espécie e da quantidade de pena ao sentenciado, pois sua ausência ou imperfeição impede o atingimento da eficácia social das normas penais, quanto aos fins retribucionistas e prevencionistas previstos na legislação brasileira, levando à população a sensação de insegurança jurídica e de impunidade e o réu à não percepção do mal causado.

Não se pode perder de vista, nas palavras de Marques (2008, p. 13), que

---

<sup>7</sup> Para entender a importância da motivação das decisões judiciais, elevada ao status constitucional no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, no qual se impõe motivação de toda e qualquer decisão no âmbito judicial ou administrativo, mister ler artigo publicado sobre o tema pela mestre em direito público Selma L. N. Sauerbronn de Souza, em pesquisa que versa sobre esse princípio na perspectiva do Estado Democrático, considerando a sua relevância para a estrutura do Estado, como mecanismo de controle endoprocessual e extraprocessual. SOUZA, Selma Leite Sauerbronn de. Motivação das decisões judiciais: uma leitura na perspectiva do Estado Democrático. Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. n. 7. Brasília, 2013. p. 109-133.

[...] embora o sistema judiciário almeje racionalizar toda a sede de vingança expressada pelo contexto social, a experiência verificada diante de casos concretos – em especial de crimes graves – demonstra que muitas vezes os indivíduos não se satisfazem com a expectativa de punição decorrente de um processo judicial.

E é nesse sentido que a motivação das decisões judiciais serve para diminuir o abismo entre a prestação do poder jurisdicional e a satisfação do réu e da própria sociedade quanto à pena fixada.

Atualmente a exigência de motivação das decisões foi elevada a patamar constitucional, no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, havendo menção expressa desse princípio também nos Códigos de Processo Civil<sup>8</sup> e Penal<sup>9</sup>. Segundo Barbosa Moreira (1978, p. 89), essa obrigatoriedade deve orientar a atividade estatal e a atividade jurisdicional, pois o Estado de Direito é o Estado que se justifica, de modo que qualquer intromissão no âmbito jurídico das pessoas requer devida justificação. Nesse sentido, “[...] esse princípio se expressa como garantia, cujo propósito é impor ao autor da decisão o dever de apontar publicamente as razões de decidir” (SOUZA, 2013, p. 115).

Salienta-se que o Poder Judiciário exerce função democratizadora da sociedade, uma vez que não está obrigado

---

<sup>8</sup> Código de Processo Civil, art. 458, inciso II: São requisitos essenciais da sentença: [...] II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

<sup>9</sup> Código de Processo Penal, art. 381, inciso III: A sentença conterá: [...] III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

a julgar orientado por tendências políticas, de modo que a obrigatoriedade de motivar as decisões deriva dos princípios estruturantes, Estado de Direito e Estado Democrático (NORIJ, 1998 apud SOUZA, 2013, p. 116). Conclui que “esta derivação tem repercussão nas decisões judiciais, notadamente quanto às esferas processual civil e penal, tendo esta última reforço principiológico na individualização da pena” (SOUZA, 2013, p. 116).

A motivação dos atos decisórios, portanto, afigura-se o instrumento material do processo de comunicação (signo linguístico), pois, ao expor os fundamentos, o juiz comunica formalmente às partes as razões de decidir, bem como aos eventuais interessados e ao Tribunal *ad quem* (TUCCI, 1987, p. 12 apud SOUZA, 2013, p. 17).

Há um discurso judicial por meio da motivação da sentença, regulamentado pelo ordenamento jurídico, em que seu caminho lógico não discrepa das razões que, na vida cotidiana, são utilizadas para embasar um juízo moral (TUCCI, 1987, p. 13, apud SOUZA, 2013, p. 17).

Nessa perspectiva, “a motivação requer um trabalho intelectual de conteúdo crítico, lógico e metalógico (intuitivo), englobando, dessa forma, reflexões de fato e de direito, das quais o julgador retira a sua decisão” (SOUZA, 2013, p. 117). Acrescenta que a motivação “representa e documenta o caminho lógico – intelectual seguido pelo juiz para chegar a sua decisão” (SOUZA, 2013, p. 117). Portanto, a decisão judicial precisa ser compreendida por qualquer pessoa da sociedade e deve conter

fundamentos consistentes e coerentes a fim de respaldar a própria atividade estatal, principalmente no campo penal, em que o Estado chamou para si a responsabilização criminal, inadmitindo a vingança privada e atribuindo outros valores para a aplicação da pena.

A motivação da sentença “deve conter, em linhas gerais, a exposição dos fatos importantes para o deslinde da causa e a expressão dos fundamentos de fato e de direito que embasam a decisão” (SOUZA, 2013, p. 118). Nesse sentido, afirma Selma que “a valoração dos elementos probatórios não deve ser singela, e sim indicada, devendo compor a motivação da sentença” (SOUZA, 2013, p. 118).

A motivação deve ser inteligível, clara, longe de ambigüidades (SOUZA, 2013, p. 119). Para Selma, “cabe ao magistrado conduzir-se pelos princípios que orientam a construção do pensamento racional” (SOUZA, 2013, p. 119).

Sob esse ângulo, para que a motivação da decisão no Estado Constitucional seja considerada completa e adequada sob a ótica constitucional, Sarlet salienta que devem estar presentes, no mínimo, a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para individualizar as normas aplicáveis, entre outros aspectos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 752).

A ausência de motivação de decisão judicial gera a perda de duas características centrais, isto é, a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação de condutas sociais, em outras palavras, perde o próprio caráter

jurisdicional da decisão (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 750). Neste diapasão, expor as razões de decidir é de fundamental importância para alcançar a eficácia social das normas penais, mormente quanto à observância das finalidades da pena, sob as óticas preventiva e repressiva, permitindo que o réu e a sociedade se satisfaçam com a prestação jurisdicional.

A exigência de motivação, que se impõe ao intérprete-aplicador do direito, é a condição de legitimidade e de eficácia do seu labor hermenêutico, cujo resultado só se tornará coletivamente vinculante se obtiver o consenso social (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 49).

Não se objetiva, é claro, ignorar a existência de princípios e transformar o direito em uma receita de bolo com critérios rígidos de interpretação no momento da aplicação da pena. Ao contrário, “[...] o texto não é nada sem o autor [...]”<sup>10</sup> (PEREIRA, 2001, p. XI). A experiência vivida pelo intérprete, as condições de tempo e lugar da prolação da decisão, assim como as circunstâncias que envolvem o caso levado à apreciação do Judiciário são fatores que merecem respeito. O aplicador-intérprete, almejando alcance da eficácia social das normas penais e aplicando a pena sob o ângulo repressivo e preventivo, deva se afastar de argumentos arbitrários, de autoridade.

Ferrajoli sustenta que a hermenêutica pode interferir na escolha e fixação da pena:

---

<sup>10</sup> José Luiz Quadros de Magalhães, prefaciando obra de Rodolfo Viana Pereira.

[...] por mais aperfeiçoado que esteja o sistema de garantias penais, a verificação jurídica dos pressupostos legais da pena nunca pode ser absolutamente certo e objetiva. A interpretação da lei, como hoje pacificamente se admite, nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas. Esta escolha, mais ou menos opinativa segundo o grau de indeterminação da previsão legal, se esgota inevitavelmente no exercício de um poder na indicação ou qualificação jurídica dos fatos julgados. (FERRAJOLI, 2010, p. 42).

Diante dessas considerações, é possível concluir que a hermenêutica contribui para tornar as decisões judiciais mais coerentes e consistentes, auxiliando o intérprete-aplicador na motivação de suas decisões, com o fim de se obter eficácia social das normas penais no momento da aplicação da pena.

#### **4 Considerações Finais**

A partir do que foi exposto, chega-se à conclusão de que é possível aperfeiçoar as decisões condenatórias no âmbito penal, sem que seja substituído o modelo positivista penal, que prevê que a fixação da pena deve atender às finalidades repressiva e preventiva, de cunho intimidativo, aplicando-se penas necessárias e suficientes para a reprovação dos crimes.

Atualmente, não é difícil encontrar sentenças penais condenatórias passíveis de reforma ou anulação, em vista de motivações equivocadas, superadas ou até mesmo omissas, levando o sentenciado a recorrer à segunda instância e a sociedade a se indignar com a qualidade das decisões proferidas pelo Judiciário.

O aplicador-intérprete deve conhecer os métodos hermenêuticos e buscar se eximir de valores subjetivos, embora deles seja impossível se afastar completamente, atentando-se a cada caso concreto levado à sua apreciação ao proferir uma decisão, e não apenas reproduzir precedentes jurisprudenciais que, não raras vezes, nem sequer possuem as mesmas características do caso a ser julgado. Do mesmo modo, nota-se que o clamor social na busca por penas mais severas não pode interferir na isenção do aplicador-intérprete, que deve se ater às provas dos autos para individualizar a conduta do réu.

No âmbito penal o julgador não pode deixar de atender às finalidades da pena, com carga necessariamente repressiva e preventiva, ao prolatar uma sentença condenatória, pois, do contrário, tanto o sentenciado como a própria sociedade exigirão resposta estatal mais precisa, pondo em xeque a eficácia social das normas e, via de consequência, a legitimidade do julgador, quiçá do próprio Judiciário. As finalidades da pena são objetivos a serem perseguidos pelo intérprete-aplicador e podem ser obtidas se as decisões judiciais se preocuparem em expor os motivos de fato e de direito presentes no caso concreto, encontrando na vida social e nos valores objetivos as condições da obediência da norma.

Os critérios de interpretação são institutos de grande valia para definir a pena no caso concreto, especialmente se o intérprete-aplicador da lei se colocar como sujeito construtor, eliminando, o quanto possível, valores intrínsecos que impedem a fixação

de uma pena compatível com a ordem legal e constitucional, expectativa normativa a ser perseguida pelas decisões no Estado Democrático de Direito.

**Title:** Hermeneutics in Legal Sentencing and Social Effectiveness within the Criminal Law.

**Abstract:** The question addressed in this text portrays an ancient affliction regarding the degree of social effectiveness of sentencing decisions within the criminal law, especially in relation to the scope of the purpose of punishment (preventive and repressive), from the motivations launched by applying the law the Law Enforcer. Under such perspective, the so-called Legal Hermeneutics, according to Emilio Betti and Hans - Georg Gadamer, as far as what concerns them, can be a valuable instrument in order to apply the adequate punishment in each case, thus increasing the satisfaction of those who were eventually found guilty, as well as increasing the satisfaction of the society itself, regarding the type and amount of penalty imposed. Therefore, the scientific problem raised seeks to find out whether it is possible to improve the criminal positivism with regards to sentencing, in order to achieve greater social effectiveness of Legal Sentence decisions, derivated from the use of the legal hermeneutics criteria, as well as an understanding of the conditions used by its interpreter. The initial hypothesis is that it is possible to improve sentencing decisions in criminal matters, without replacing the criminal positivist model, thus applying a more coherent and consistent sentence to each individual case, regarding, respectively, a greater alignment with the legal system and greater justice in the individualization of each individual punishment.

**Keywords:** Legal hermeneutics. Purpose of legal sentencing. Effectiveness of decisions. Judicial motivation.



## Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renava, 1999.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. Vigência e eficácia da norma constitucional. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

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

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Síngueme, 1993.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MÁRTIRES COELHO, Inocência. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 16, p. 111-125, out./dez. 1978.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Maria Luísa Portocarrero Ferreira da. *O preconceito em H. G. Gadamer: sentido de uma reabilitação*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

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

\_\_\_\_\_. *Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas)-Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014.

---

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

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. Anual.

---

**Submissão:** 22/4/2014

**Aceite:** 26/5/2014



---

# Lavagem de Dinheiro e Criminologia: uma Análise a partir do Paradigma da Reação Social

## Ericson dos Santos Cerqueira

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialização em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central – UNIPLAC.

**Resumo:** A presente pesquisa tem por escopo fazer uma análise da criminalização da lavagem de dinheiro sob a ótica criminológica da Reação Social. Com tal objetivo, buscar-se-á resgatar o desenvolvimento epistemológico da Criminologia, partindo-se da desconstrução de seu paradigma etiológico, sobretudo com a Criminologia Clássica e o Positivismo Criminológico, para desembocar no paradigma da Reação Social, a partir dos estudos do Labeling Approach. Especificamente sobre a lavagem de dinheiro, explicitar-se-á a atuação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF – órgão de importância ímpar na seleção das condutas que serão levadas aos demais órgãos de controle penal (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário).

**Palavras-chave:** Criminologia. Reação social. Labeling approach. Lavagem de dinheiro.

**Sumário:** Introdução. 1 O Paradigma Etiológico-Explicativo da Criminologia. 1.1 A Escola Clássica 1.2 O Positivismo Criminológico. 1.3 A Ideologia da Defesa Social. 2 A Criminologia da Reação Social. 2.1 O Paradigma Criminológico da Reação Social. 2.2 Os Processos de Criminalização. 3 A Lavagem de Capitais. 3.1 Fases ou Procedimento da Lavagem de Capitais. 3.2 Características da Lavagem de Capitais. 4 A Lavagem de Dinheiro e os Processos de Criminalização. 4.1 A Lei n.º 9.613/98 e o processo de Criminalização Primária. 4.2 Criminalização Secundária: a Polícia, o MP, o Judiciário e o COAF. 4.2.1 A Atividade da Polícia. 4.2.2 A Atuação do Ministério Público. 4.2.3 O Poder Judiciário. 4.2.4 Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF. 5 Conclusões. Referências.

## Introdução

A lavagem de dinheiro<sup>1</sup> hoje é aceita como um problema mundial e tida como a grande financiadora das grandes redes de criminalidade. As enormes somas de dinheiro geradas pela criminalidade organizada necessitam passar por um processo de depuração que, ao final, dê ares de lícito a ativos, inicialmente, ilícitos.

O narcotráfico e outras atividades ilícitas promovem, no Brasil, uma lavagem de dinheiro anual da ordem de US\$ 15 bilhões (dados de 2001), o que representa três por cento do Produto Interno Bruto (PIB). Em todo o mundo são lavados, anualmente, em torno de US\$ 500 bilhões (quinhentos bilhões de dólares) (FELDENS, 2002, p. 143).

As dificuldades para a efetiva criminalização da lavagem de dinheiro são muitas: a enorme cifra negra dos crimes econômicos, as facilidades advindas da operacionalidade do sistema financeiro, utilizado como “porto seguro” (DUARTE, 2004, p. 197), os entraves da cooperação jurídica e judicial internacional, já que uma das características dos crimes de lavagem de dinheiro, como se verá, é sua internacionalidade, entre outros óbices.

Quase nada se escreve sobre a atividade do controle penal nos crimes de lavagem de capitais. O que se encontra, basicamente, são comentários do texto legal, discussões sobre se a sonegação

---

<sup>1</sup> Doravante os termos “lavagem de dinheiro”, “lavagem de capitais”, “branqueamento de dinheiro” e “branqueamento de capitais” serão usados como sinônimos, a fim de facilitar a explanação.

fiscal deve ou não figurar na lista de crimes antecedentes ao de lavagem de dinheiro, e sobre a inserção da lavagem de dinheiro na categoria de crimes econômicos.

O que se pretende aqui é estudar o controle penal nos crimes de lavagem de dinheiro, sob uma perspectiva criminológica, estudo que se insere na lacuna de estudos sobre a atuação dos órgãos de controle formal penal, já que, no Brasil, poucas pesquisas são feitas. E, portanto, traz consigo a dificuldade de sua elaboração.

Inicialmente, o desenvolvimento do tema limitar-se-á à atuação dos órgãos penais e não penais (COAF), após a edição da lei que criminalizou a lavagem de capitais no Brasil (Lei n.º 9.613/98).

Também se balizará pela análise da atuação das instâncias formais de controle penal e atividade do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão administrativo, mas que, pelas atribuições que lhe foram dadas pela lei de lavagem de dinheiro, como se verá, exerce de modo decisivo a definição e a seleção desta criminalidade.

Os dados obtidos constam de relatórios anualmente elaborados pelo COAF a fim de dar publicidade de sua atuação. Entretanto, são poucos os dados e se limitam a fazer uma espécie de “propaganda” da atividade daquele órgão.

O problema teórico básico do trabalho será, assim, como atuam os órgãos de controle penal no controle da lavagem de dinheiro, sob uma perspectiva criminológica da reação social, aprofundando o debate sobre o papel daqueles órgãos no controle da criminalidade.



Objetiva-se saber, por exemplo, quais são esses órgãos e como atuam, que critérios e mecanismos entram em jogo no momento da definição e seleção do que será ou não criminalizado, se a seleção é apenas quantitativa ou também qualitativa, como se deu a criminalização primária da lavagem de capitais no país, qual o papel e a importância do COAF no processo de criminalização da lavagem de dinheiro.

Para a consecução do objetivamente proposto, utilizou-se do instrumental teórico da Criminologia da Reação Social. Tal opção justifica-se pois o interesse teórico desta Criminologia não está nas “causas” do crime, mas sim na reação social da conduta desviada, especialmente no *modus operandi* das instâncias formais de controle penal, pois a Criminologia positivista preocupava-se precipuamente com o delinquente, dando pouca importância aos problemas do controle social, “tampouco critica o concreto funcionamento do sistema, o processo de aplicação de tais definições normativas à realidade” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2002, p. 132).

A Criminologia da reação social inicia-se na década de 1960, a partir da obra de Becker (*Outsiders*, 1963), precursora dos estudos do *labeling approach*, teoria sociológica calcada na tese central de que “a criminalidade não é um atributo ontológico de uma determinada conduta, mas o resultado da reação que a coletividade teve diante dessa conduta. Se não há reação, a pessoa não é um criminoso, o crime inexistente” (CASTILHO, 1998, p. 26).

Com o *labeling approach*, passa-se a analisar os mecanismos de seleção em geral, interessando-se tanto pela seleção dos bens jurídicos a serem criminalizados, o que se denomina criminalização primária, como também pela:

[...] atuação das instâncias, formais e informais, de aplicação da lei e são responsáveis quer pelas cifras negras e conformação definitiva das simbolizações normativas das leis, quer, e sobretudo, pela estigmatização de determinadas pessoas como delinquentes (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 344).

Destarte, o trabalho foi dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo, procurar-se-á descrever o paradigma etiológico da Criminologia, a partir de um primeiro resgate do pensamento clássico e positivista e dos postulados da ideologia que lhes é subjacente – a ideologia da defesa social.

No segundo capítulo tratar-se-á especificamente do paradigma da reação social, iniciado com os estudos do *labeling approach* para, em seguida, debruçar-se sobre o estudo dos processos de criminalização, primária e secundária, pois a partir deles é que se vai efetivamente estudar a atuação das instâncias de controle formal penal.

No terceiro capítulo, será analisada a lavagem de capitais, seu conceito criminológico e normativo, suas características e procedimento da lavagem.

No quarto capítulo, o estudo se voltará à criminalização primária, tratando da lei como uma instância de controle.

Finalmente, tratar-se-á do controle penal nos crimes de lavagem de dinheiro, discorrendo-se sobre a atividade da polícia, do Ministério Público, do Poder Judiciário e, especialmente, do COAF.

## **1 O Paradigma Etiológico-Explicativo da Criminologia**

O paradigma etiológico da Criminologia reúne construções teóricas que concebem o crime e a criminalidade como realidades ontológicas, ou seja, pré-constituídas ao Direito Penal, que buscam explicar as causas desta criminalidade e prever os remédios para combatê-la, e pressupõem um modelo consensual de sociedade, no qual o Direito Penal, como expressão do interesse geral, não é problematizado (ANDRADE, 1996, p. 278).

A Criminologia construída sob a égide deste paradigma, conhecida simplesmente como Criminologia tradicional ou positivista, pretende ser uma “ciência causal explicativa da criminalidade”, dando respostas diversas (biológicas, psicológicas, antropológicas, sociológicas e multifatoriais) à mesma pergunta: quais as causas do crime e da criminalidade? (CASTILHO, 1998, p. 23).

Assim, reúnem-se neste paradigma desde as construções da Escola Clássica, passando pelo positivismo criminológico, o qual buscou dar um caráter de “ciência” à Criminologia, até as várias teorias psicológicas e sociológico-criminais que se sucederam ao positivismo, só vindo a romper com este paradigma na década de 60 do século passado.

## 1.1 A Escola Clássica

O que se costuma reunir sob o denominativo de “Escola Clássica” é uma diversidade de teorias e de representantes que, por possuírem determinada unidade metodológica e ideológica, podem ser agrupados sob um designativo comum.

Esta Escola surge em contraposição ao sistema jurídico-penal do Antigo Regime. Os primeiros estudos remontam de meados do século XVIII e se estendem até meados do século XIX. Para Molina (2002, p. 176), a Escola Clássica assume o legado liberal, racionalista e humanista do Iluminismo, especialmente sua orientação *iusnaturalista*.

Postando-se com discurso crítico sobre o sistema penal vigente, buscou orientar a política criminal por novos princípios, como o da humanidade, da legalidade e da utilidade.

Dois princípios são fundamentais na Escola Clássica: a) o principal objeto do direito e da ciência penal é prevenir os abusos das autoridades; e b) que o crime não é uma entidade de fato, mas sim, de direito (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 7-8).

O delito é concebido como uma violação do contrato social, arcabouço do Estado e do direito. O delinquente age por sua livre vontade, seguindo seu livre arbítrio, e não impelido por causas patológicas e, portanto, nas palavras de Baratta (2002, p. 31), não era um *diferente*.

Percebe-se que não há nenhuma referência à personalidade do autor ou à realidade social na qual está inserido para a compreensão do delito. O que importa é o fato e não o autor.

Para os clássicos, o direito penal e a pena são instrumentos da sociedade para sua própria defesa do crime. A pena, sua duração e modalidades são, agora, influenciadas pelos princípios da utilidade e da necessidade e também pelo princípio da legalidade:

El *fundamento* de la pena se halla en la culpabilidad del sujeto, que ha utilizado su libertad para violar el derecho de otro. El *fin* de la pena se reduce a impedir en el futuro la violación de la ley por parte del delincuente y sobre todo, por parte de los demás ciudadanos. La medida de la pena habrá de ser pues, la proporcionalidad con el daño causado y su utilidad para lograr la intimidación de los individuos (GONZÁLEZ ZORRILLA, 1994, p. 8).

Considerado o primeiro representante da Escola Clássica, Cesare Beccaria, escreve *Dos delitos e das penas*, obra publicada em 1764. Tal obra, contudo, já se disse, é “[...] menos uma obra original de uma genial personalidade do que a expressão de todo um movimento de pensamento, em que conflui toda a filosofia política do Iluminismo europeu e, especialmente, o francês” (BARATTA, 2002, p. 33).

O importante em Beccaria é seu intento em fundamentar a legitimidade do direito de punir, e definir os critérios de sua utilidade, baseado no contrato social (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 8).

Outro representante dos clássicos é Francesco Carrara. Sua obra, de 1859, é de grande relevância por “haver posto a base lógica para uma construção jurídica coerente do sistema penal” (BARATTA, 2002, p. 35-36).

Ainda que se possa dizer que a Escola Clássica se situe em etapa pré-científica da Criminologia (GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2002, p. 175), seu relevo está em buscar fundamentação filosófica para o direito penal, e não fazer uma filosofia do direito penal. Parte-se de uma “concepção filosófica para uma concepção jurídica, mas filosoficamente fundada, dos conceitos de delito, de responsabilidade penal, de pena” (BARATTA, 2002, p. 33).

## 1.2 O Positivismo Criminológico

Se a Escola Clássica, como ficou dito, situa-se em período pré-científico da criminologia, é sob bases positivistas que esta adquire autonomia como disciplina científica, tomando consciência de si e se autodefinindo como estudo etiológico-explicativo do crime (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 5).

Para galgar o posto de ciência, buscou adequar-se às exigências fundamentais do positivismo, quais sejam:

[...] negação do livre-arbítrio e a crença no determinismo e no postulado da previsibilidade dos fenômenos humanos, recondutíveis a “leis”; a separação entre ciência e moral e a reivindicação da neutralidade axiológica da ciência; a unidade do método, como método indutivo-quantitativo (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 12).

Foi com a escola positiva italiana (Lombroso, Ferri e Garófalo) que, influenciada pela filosofia, lógica e metodologia do positivismo, a Criminologia assumiu este posto, em fins do século XIX.

Ao taxar os clássicos de individualistas em demasiado, os positivistas se impõem a tarefa de resgatar o social, buscando a defesa da sociedade e de seus direitos (ANDRADE, 2003, p. 61). Nesse sentido, é que:

Ferri culpava a orientação ideológica (liberal-individualista) e metódica (racionalista) da Escola Clássica por haver perdido de vista, respectivamente, as necessidades sociais de prevenção do delito e a individualidade concreta do homem delinquente e, por isso mesmo, haver fracassado ao considerável aumento da criminalidade e da reincidência (ANDRADE, 2003, p. 62).

Sintetizando os postulados criminológicos dos positivistas (GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2002, p. 190; ANDRADE, 2003, p. 63-70), tem-se:

- a) ao livre-arbítrio concebido pela escola clássica, os positivistas agora opõem o determinismo, deixando a vontade de ser causa e passando a ser resultado do crime;
- b) o delito delinea-se como fato real e histórico, e não mais como abstração jurídica e, portanto, o método passa a ser o empírico-indutivo, experimental;
- c) a nocividade do crime deriva das exigências sociais e não de um desrespeito da lei;
- d) interessa ao positivismo identificar as suas causas como crime, sua etiologia, a fim de que possam ser dadas soluções realistas e científicas à criminalidade;
- e) a finalidade da lei penal é combater o crime, defendendo a sociedade, e não restabelecer a ordem jurídica. A pena

passa a ser meio de defesa social e de tratamento do delinquente;

- f) dá-se prioridade ao estudo do delinquente, estando acima do exame do próprio fato, e por isso a ênfase nos estudos tipológicos e a concepção do criminoso como subtipo humano, diferente dos demais cidadãos honestos.

Evidencia-se, com isso, uma contraposição a tudo que preconizava a Escola Clássica: no lugar de expansão dos direitos dos indivíduos, ampliação dos direitos da sociedade sobre o delinquente; em vez da responsabilidade pessoal, responsabilidade social; antes, a punição proporcional à culpa, agora, o reforço da defesa da sociedade. É nesse sentido que Garófalo passa a considerar “natural” a eliminação do delinquente: a morte será legítima sempre que o crime exprima “[...] uma anomalia psicológica permanente que torna o criminoso incapaz para a vida social” (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 19).

O objeto da criminologia passa agora a ser “a criminalidade concebida como um fenômeno natural, causalmente determinado”, assumido a criminologia “a tarefa de explicar as suas causas segundo o método científico experimental e o auxílio das estatísticas criminais oficiais e de prever os remédios para combatê-la” (ANDRADE, 1996, p. 277).

Ressalte-se que os positivistas, e até certo modo os clássicos, concebem o crime como um dado ontológico pré-constituído à reação social e ao direito penal, e, portanto, entendiam possível estudar as causas que influenciam o delinquente, determinando



a criminalidade, uma vez que aquele possui características patológicas que o diferenciam dos demais indivíduos. Nas palavras de González Zorrilla (1994, p. 9):

[...] lo distintivo del positivismo en sus múltiples corrientes es que el crimen, por decirlo así, se ontologiza, se convierte en un dado objetivo, preconstituido, un ente natural que puede ser observado, aislado y estudiado de forma similar a como se estudian el resto de los fenómenos de la naturaleza.

Para Lombroso, o acento deve ser posto no fator antropológico, distinguindo-se três causas para a criminalidade: o atavismo, a epilepsia e a loucura moral. Para Ferri, o relevante são as condicionantes sociológicas e as causas do crime seriam individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social). Já Garófalo importa-se com as características psicológicas (ANDRADE, 1996, p. 277).

Enfim: determinismo, criminalidade ontológica, periculosidade, anormalidade, tratamento, ressocialização. Esse é o círculo positivista da criminalidade que permeia o senso comum e o sistema penal (ANDRADE, 1996, p. 278).

Para Dias e Andrade (1984, p. 18), o legado positivista traduz-se na *ideologia do tratamento* – diagnostica-se a patologia criminal e diz-se qual o remédio de cura – que não se pode considerar de todo superada. Isso, apesar de problemas metodológicos, pois:

Historicamente, a criminologia positivista concentrou-se na ilusória tarefa de encontrar caracteres diferenciais que pudessem explicar o delito através do delinquente “fichado”, descuidando

daquilo que, hoje em dia, temos por evidente, ou seja, o fato de que as populações carcerárias não formam um índice significativo em relação à proporção real de delinquentes de uma sociedade, posto que, embora muitos indivíduos cometam atos apenados pela lei, em muitos casos eles não são detectados, ou se o são, nessas ocasiões se lhes dá um tratamento diferenciado (CERVINI, 1992, p. 293).

É com a escola positivista que nasce o que se denomina de “Direito Penal do Autor”, fundado no determinismo e na responsabilidade social do delinquente, pois é de sua periculosidade que advém a medida da pena, justificando-a com instrumento de defesa social (ANDRADE, 2003, p. 70).

### 1.3 A Ideologia da Defesa Social

Após a análise dos postulados das Escolas Clássica e Positiva, cabe ressaltar o estudo da ideologia da defesa social, como a ideologia comum tanto à primeira quanto à segunda escola até agora analisadas, salientando que ideologia aqui é entendida, conforme Baratta (2002, p. 240) como uma falsa representação da realidade, atribuindo funções ideais diversas das exercidas, com o fito de legitimar instituições sociais, buscando encobrir a realidade.

Para Vera Andrade (2003, p. 135-136), a ideologia da defesa social:

[...] que foi sendo construída pelo saber oficial (desde a Escola Clássica, passando pela Escola Positiva e chegando à Técnico-Jurídica) e filtrada através do seu debate escolar, veio a constituir-se não apenas na ideologia dominante na Ciência

Penal, na Criminologia e nos representantes do sistema penal, mas no saber comum dos homens de rua (*every day theories*) sobre a criminalidade e a pena.

A ideologia da defesa social está fundamentada, segundo Baratta (2002, p. 42-43), em seis princípios:

- 1) princípio da legitimidade: o Estado é legítimo para reprimir a criminalidade, uma vez que expressa o consenso geral. As instâncias oficiais de controle penal “interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais”;
- 2) princípio do bem e do mal: o delito é um mal, um dano, para a sociedade, que é o bem. O delinquenté é um elemento disfuncional ao sistema social;
- 3) princípio da culpabilidade: o delito expressa uma atitude interior reprovável, já que seu autor viola conscientemente os valores e normas sociais, ainda que estes não tenham se tornado normas legisladas;
- 4) princípio da finalidade ou da prevenção: a pena não visa somente a retribuir, mas também a prevenir o crime;
- 5) princípio da igualdade: a lei penal é igual para todos e é também aplicada igualmente;
- 6) princípio do interesse social e do delito natural: os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. “Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados

arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).”

Percebe-se que tais princípios permeiam o pensamento clássico tal qual o positivista, existindo mesmo “[...] uma linha de continuidade e complementaridade da Escola positiva em relação à Escola Clássica na conformação desta ideologia [...]” (ANDRADE, 2003, p. 136), pois o que as difere não é a ideologia subjacente ou os valores fundamentais a serem protegidos. O que as difere, fundamentalmente, é a “[...] atitude metodológica geral com relação à explicação da criminalidade” (BARATTA, 2002, p. 43).

Da dialética da ideologia da defesa social com a ideologia liberal, Andrade (2003, p. 137) enuncia o *princípio da legalidade* sob os seguintes termos:

O Estado não apenas está legitimado para controlar a criminalidade, mas é autolimitado pelo Direito Penal no exercício desta função punitiva, realizando-a no marco de uma estrita legalidade e garantia dos Direitos Humanos do imputado.

## **2 A Criminologia da Reação Social**

As várias construções teórico-explicativas da criminalidade vistas até agora têm em comum o fato de entenderem o crime, a criminalidade, como algo ontológico, pré-constituído à reação social.

A partir da década de 1960, isto começa a mudar, surgindo um novo modelo teórico explicativo do comportamento criminal – o *labeling approach* – fundamentado principalmente nas correntes

sociológicas norte-americanas do interacionismo simbólico e da etnometodologia.<sup>2</sup>

O interacionismo simbólico busca superar a antinomia rígida das concepções antropológicas e sociológicas do comportamento humano, as quais concebiam a natureza humana ou a sociedade como dados estanques ou estruturas imutáveis. A identidade pessoal passa a ser encarada como resultado dinâmico do processo de envolvimento, comunicação e interação social (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 344-345).

Para os interacionistas, a sociedade ou estrutura social é:

[...] constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. O comportamento do homem é assim inseparável da “interação social” e sua interpretação não pode prescindir desta mediação simbólica (ANDRADE, 2003, p. 204).

Para a etnometodologia, a sociedade não pode ser conhecida objetivamente, mas é produto de uma “construção social”, a qual é obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos. Assim:

[...] estudar a realidade social (por exemplo, o desvio) significa, essencialmente, estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até às construções mais complexas, como a própria ordem social (BARATTA, 2002, p. 87).

---

<sup>2</sup> Doravante os termos *labeling approach* e perspectiva interacionista serão usados indistintamente.

Em síntese, a sociedade agora não é mais concebida como algo objetivo, senão como um produto de uma construção social, consequência de processos de definição e tipificação individuais e dos grupos (CASTILHO, 1998, p. 26).

Andrade (2003, p. 205) ressalta que a perspectiva interacionista também é tributária de outros campos de investigação: a teoria jurídica, com a tese do papel criador do juiz e, especialmente, a distinção entre conceitos (ou linguagem) “descritivos” e “adscritivos” ou “atributivos”, desenvolvida sobretudo por H. L. A. Hart, e das aquisições da Sociologia Criminal, principalmente as investigações relativas à criminalidade do colarinho branco e à cifra negra da criminalidade e a crítica das estatísticas criminais.

O crime, para o *labeling approach*, não pode ser compreendido prescindindo-se da reação social, do processo social de definição ou seleção de certas pessoas e condutas etiquetadas como delitivas. A criminalidade não é entendida como atributo ontológico de uma determinada conduta, mas “[...] resultado da reação que a coletividade teve diante dessa conduta. Se não há reação, a pessoa não é um criminoso, o crime inexistente” (CASTILHO, 1998, p. 27; GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2002, p. 385). Becker (1971, p. 19), precursor do *labeling approach*, ensina que:

[...] los grupos sociales crean la desviación al hacer las reglas cuya infracción constituye la desviación, y al aplicar dichas reglas a ciertas personas en particular y calificarlas de marginales. Desde este punto de vista, la desviación no es una cualidad del acto cometido por la persona, sino una consecuencia de la aplicación que los otros hacen de las reglas e las sanciones

para un “ofensor”. El desviado es una persona a quien se ha podido aplicar con éxito dicha calificación; la conducta desviada es la conducta así llamada por la gente.

Sinteticamente, Molina e Gomes (2002, p. 386) apresentam os postulados do *labeling approach*:

- a) interacionismo simbólico e construtivismo social, pois o comportamento humano é inseparável da interação social e sua interpretação não pode prescindir da referida mediação simbólica;
- b) natureza “definitorial” do delito, já que uma conduta não tem uma qualidade negativa inerente a ela, isto é, não é delitiva em si, nem seu autor é delinquente por uma qualidade objetiva (nocividade do fato, patologia da personalidade). “O caráter delitivo de uma conduta e de seu autor depende de certos processos sociais de definição, que lhe atribuem tal caráter, e de seleção, que etiquetam o autor como delinquente”;
- c) caráter constitutivo do controle social, pois as instâncias de controle geram ou produzem o caráter delitivo de um comportamento ao etiquetá-lo;
- d) seletividade e discriminatoriedade do controle social: os processos de criminalização ligam-se ao estímulo da visibilidade diferencial da conduta desviada numa sociedade concreta, guiando-se mais pela sintomatologia do conflito que pela etiologia do mesmo (visibilidade *versus* latência);

e) efeito criminógeno da pena: a reação social, consubstanciada na pena, não é senão irracional e criminógena, em vez de resolver o conflito, exacerba-o, consolida o *status* de delinquente e cria estereótipos, inserindo o criminoso em um círculo vicioso (*self-fulfilling prophecy*). “A pena, pois, culmina uma escala dramática e um ritual de cerimônias de degradação do condenado, estigmatizando-o com o selo de um *status* irreversível.”

Um novo conjunto de perguntas é posto pelos teóricos do *labeling approach* em contraposição às questões colocadas pelos criminólogos tradicionais. Estes examinam problemas do tipo “quem é o criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?” Já para a perspectiva inter linguagem, provocando inclusive profundas modificações acionista, as perguntas são outras: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?”, enfim, “quem define quem?” (BARATTA, 2002, p. 88).

Na recepção alemã do *labeling approach*, Fritz Sack (apud BARATTA, 2002, p. 88), estudando o fenômeno da criminalidade latente, faz distinção entre regras e metarregras, que na teoria do direito, têm paralelo no conjunto de regras gerais



de comportamento e no conjunto de regras de interpretação e aplicação das regras gerais, respectivamente.

O mérito de Sack não é tanto a distinção acima, uma vez que se segue a uma distinção da linguística contemporânea entre *langue* e *parole*. Seu mérito está em deslocar a análise das metarregras do plano da metodologia jurídica para o plano sociológico, o qual:

[...] se transforma no plano das leis e dos mecanismos que agem objetivamente na mente do intérprete, e que devem ser pressupostos para os fins de uma explicação sociológica da divergência entre a delinquência reconhecida e a delinquência latente [...] As meta-regras, pois, são regras objetivas do sistema social [...] As regras sobre aplicação (*basic rules*, meta-regras) seguidas, conscientemente ou não, pelas instâncias oficiais do direito, e correspondentes às regras que determinam a definição de desvio e de criminalidade do senso comum, estão ligadas a leis, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade, baseadas sobre relações de poder (e de propriedade) entre grupos e sobre as relações sociais de produção (BARATTA, 2002, p. 105-106).

Para Baratta (apud ANDRADE, 2003, p. 202-203), o princípio da igualdade da ideologia da defesa social é suficientemente refutado pela perspectiva interacionista, pois:

[...] demonstra que o desvio e a criminalidade não são entidades ontológicas pré-constituídas, identificáveis pela ação das distintas instâncias do sistema penal, mas sim uma qualidade atribuída a determinados sujeitos por meio de mecanismos oficiais e não-oficiais de definição e seleção. Desde o ponto de vista das definições legais, a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria, antes que de uma minoria desviada da população (neste sentido, o *labeling approach* tem em conta

os estudos sobre as infrações não perseguidas, sobre a cifra obscura da criminalidade e sobre a delinquência de colarinho branco.

Entre o que se pode relacionar como legado científico da perspectiva interacionista está a ampliação do criminologicamente relevante, incorporando o interesse até às instâncias de controle, a introdução de novas técnicas de investigação e de uma nova linguagem, provocando inclusive profundas modificações no pensamento político-criminal (descriminalização, não intervenção radical, diversão e *due process*) (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 355-359).

## 2.1 O Paradigma Criminológico da Reação Social

O *labeling approach* é responsável pela ruptura metodológica e epistemológica ocorrida no seio da Criminologia, partir da década de 60 do século XX.

A partir de seus estudos, inaugura-se o paradigma da reação social, ou paradigma do controle, de modelo dinâmico e contínuo. “O objeto de investigação criminológica não é mais o crime, o criminoso e a criminalidade, como entidades pré-constituídas, mas o modo pelo qual elas são constituídas na sociedade” (CASTILHO, 1998, p. 24).

A partir do *labeling approach* realça-se a importância da descoberta da defasagem quantitativa e, sobretudo, qualitativa entre a delinquência potencial (ou secreta) e a delinquência real. Isso permitiu, além da contestação dos fundamentos epistemológicos da criminologia tradicional, retirar da ideia de delinquência sua

dimensão ontológica, pois “[...] o que os delinquentes têm em comum, o que verdadeiramente os caracteriza é apenas a resposta das audiências de controle [...]”, não existindo diferença entre os delinquentes e os não-delinquentes (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 346).

Todas as teorias inseridas no paradigma da reação social têm em comum, além do forte caráter antideterminista, o:

[...] abandono do paradigma etiológico e na transferência do interesse cognoscitivo para os mecanismos sociais e institucionais mediante os quais é construída a realidade social do desvio e pelos quais resultam criadas e aplicadas as definições do desvio e da criminalidade, como também resultam concretizados os processos de criminalização (CASTILHO, 1998, p. 25-26).

Assim, as teorias inseridas no paradigma criminológico da reação social preocupam-se com o estudo da reação social e, conseqüentemente, dos processos de criminalização, seja primário, seja secundário ou mesmo terciário, acentuando o caráter definitorial e seletivo desta reação.

Se a criminalidade é um “bem negativo” que, como os outros bens positivos ou negativos de cujo processo dependem os diversos status sociais, é atribuído a determinados indivíduos, o acento das teorias criminológicas se desloca da criminalidade para os processos de criminalização (BARATTA, 2002, p. 118).

## 2.2 Os Processos de Criminalização

Ao transpor a ótica criminológica do estudo do criminoso e da etiologia do crime para o interesse pelas instituições ou

peças que definem o criminoso, a criminologia construída sob a perspectiva da reação social passa a se interessar pelos “[...] mecanismos e o funcionamento do controle social, ou seja, os processos de criminalização primária e secundária, que se constituem em processos sucessivos de definição e seleção [...]” (CASTILHO, 1998, p. 48).

Tais processos, no dizer de Castilho (1998, p. 48-49):

[...] são processos de dupla face. Se de um lado constroem a criminalidade, por outro desenham o mapa da impunidade. Ao mesmo tempo que alguns são criminalizados, outros são imunizados. Alguns são incluídos, outros são excluídos.

Nesse sentido, Baratta (apud FELDENS, 2002, p. 131) esclarece a existência de uma dupla seleção, associando a criminalidade a um “bem negativo” desigualme porquê das estatísticas criminais mostrarem-se distorcidas nte distribuído:

Em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos desses bens, tipificados na norma penal. Em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre os indivíduos que cometem infrações às normas penalmente sancionadas. A criminalidade é um ‘bem negativo’ distribuído desigualmente segundo a hierarquia dos interesses, fixada no sistema econômico e segundo a desigualdade social entre os indivíduos.

A criminalização primária é a que se dá por meio da produção de leis penais e, portanto, é a exercida, primordialmente, pelo Poder Legislativo, uma vez que há a possibilidade, no caso de normas penais em branco, de haver a conjugação de outras

fontes formais. Nas palavras de Zaffaroni (2003, p. 43), “[...] é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”.

Selecionam-se aqueles bens jurídicos que carecem de proteção penal, os mais relevantes, e, as condutas que os vulneram, são erigidas a tipos penais. Essa seleção é feita segundo uma pauta valorativa.

A essa seleção de conteúdos, aparentes, corresponde uma seleção também de “não-conteúdos” penais, latentes.

Quanto aos “não-conteúdos”, começa-se, finalmente, a procurar a raiz do assim chamado “caráter fragmentário” do direito penal (que os juristas frequentemente assumem como um dado da natureza), não só na pretensa inidoneidade técnica de certas matérias ao controle mediante o direito penal (ou na tautológica assunção da relevância penal de certas matérias, e não de outras), mas, antes, em uma lei de tendência, que leva a preservar da criminalização primária as ações antissociais realizadas por integrantes das classes sociais hegemônicas [...]. Criam-se, assim, zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas (BARATTA, 2002, p. 176).

A seleção se dá inclusive na redação técnica dos tipos e na previsão de agravantes e atenuantes. Segundo Castilho (1998, p. 49-50):

[...] as malhas do tipo penal são, em geral, mais estreitas para as infrações típicas das classes sociais mais baixas do que para aquelas que constituem os crimes do colarinho branco. Estas infrações, típicas das classes mais altas, mesmo no plano da proibição em abstrato, apresentam possibilidade maior de permanecer imunes.

A criminalização secundária dá-se na aplicação da lei, e, portanto, é com a atuação dos Poderes Executivo e Judiciário que ocorre a concretização do segundo nível de criminalização. É aqui que se acentua o caráter seletivo do sistema penal (CASTILHO, 1998, p. 50).

A partir dos estudos de Sutherland ficou evidenciado o descompasso entre a criminalidade real, quantidade de delitos verdadeiramente cometida em determinado momento, e a criminalidade aparente, conhecida pelos órgãos de controle social (CASTILHO, 1998, p. 51; ANIYAR DE CASTRO, 1983, p. 67-68).

É o próprio Sutherland (apud FELDENS, 2002, p. 133) quem vai explicar as cifras negras da criminalidade do colarinho branco e o porquê das estatísticas criminais mostrarem-se distorcidas:

- a) primeiramente, porque pessoas das altas camadas socioeconômicas são mais poderosas, política e financeiramente; assim, escapam à prisão e à condenação em escala infinitamente superior àquelas se ressentem da mesma dose de poder, mesmo quando igualmente culpadas de crimes. [...]
- b) em segundo lugar – e o mais importante, segundo Sutherland –, é a parcialidade que envolve a administração da Justiça criminal em casos tais, os quais, geralmente, acabem tendo seu desfecho em instâncias extrapenais, administrativas, em vez de cortes propriamente criminais, além do que são jurisdicionados por seus pares (*civil or equity jurisdiction*).

O *labeling approach* proporcionou uma reinterpretação das estatísticas oficiais, trazendo à tona as cifras ocultas (ou negras), uma vez que revelam apenas a criminalidade legal (registrada naquelas estatísticas), deixando em aberto a:

[...] criminalidade aparente, conhecida pelos órgãos do controle social (Polícia, Ministério Público, Judiciário, etc.), mas que não chega à sentença final (em razão de comportamento da vítima, do agente, dos policiais etc.) e a criminalidade real, para as quais, volume e estrutura jamais são precisamente determinados (CASTILHO, 1998, p. 51-52).

Nas palavras de Alessandro Baratta (apud CASTILHO, 1998, p. 53):

O sistema de justiça penal está integralmente dedicado a administrar uma reduzidíssima percentagem das infrações, seguramente inferior a 10% [...] a imunidade, e não a criminalização, é a regra no modo de funcionamento deste sistema.

Conclui-se que a “seleção quantitativa impõe-se, pois, como necessidade estrutural. Assim, por meio do ‘efeito de funil’ ou dos ‘filtros’ do sistema, opera-se a ‘mortalidade dos casos criminais’” (CASTILHO, 1998, p. 53). E nesse efeito-funil entram em jogo os estereótipos e os preconceitos, acentuando o caráter seletivo do sistema penal.

Esta orientação conforme estereótipos, para Zaffaroni (2003, p. 46-47), “condiciona todo o funcionamento das agências do sistema penal, de tal modo que o mesmo se torna inoperante para qualquer outra clientela”, o que, para os mesmos autores, acaba por tornar impotente a seleção criminalizante perante os delitos do poder econômico.

Tratando da seletividade estrutural da criminalização secundária, Zaffaroni (2003, p. 51) afirma que as várias agências

limitam-se a resolver os poucos casos já selecionados nas instâncias policiais o que:

[...] demonstra ser a realidade do poder punitivo exatamente inversa à sustentada no discurso jurídico, que pretende colocar em primeiro lugar o legislador, em segundo o juiz, e quase ignora a polícia: na prática, a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualizadamente exercida.

Dias e Andrade (1984, p. 369) falam também em uma seleção qualitativa, de modo a explicitar os casos judiciais que são excluídos do sistema por meio de práticas *praeter legem* e até *contra legem*.

A par dessa seletividade intrassistêmica e nas cifras negras que ela gera, questiona-se sobre a seleção da criminalidade econômica. Bajo Fernandez afirma que a cifra oculta dessa criminalidade é maior que a do aborto, o que, para Gomes (apud CASTILHO, 1998, p. 54-56), deve-se à:

(a) complexidade do mundo organizacional e operacional de hoje, que está internacionalizado e que confere uma aparência de licitude aos fatos; (b) deliberado anonimato e distanciamento entre autor e vítima, através da pessoa jurídica; (c) reação social débil; (d) imagem favorável do autor, que geralmente goza de prestígio, honorabilidade e influência; (e) temor da vítima frente ao poder da corporação e a incredulidade a respeito da eficácia da administração da justiça; (f) técnicas de neutralização e justificação; (g) deficiente regulação jurídica.

Para Ela Castilho (1998, p. 57), a “impunidade da criminalidade econômica decorre do funcionamento



estruturalmente seletivo do sistema penal, que por sua vez guarda relação funcional com a desigualdade econômica.”

Esta seleção se estende, transcendendo a efetuada pela lei e pelos órgãos de controle, abrangendo inclusive a efetuada por autores, vítimas, as testemunhas, a polícia, os promotores de justiça e os tribunais, já que estes também “atuam como ‘filtros’ determinantes na eleição de quais acontecimentos devem ser definidos como delitos e quais pessoas devem ser classificadas como delinquentes, com todas as consequências que disto resulta” (CERVINI, 1992, p. 294).

### **3 A Lavagem de Capitais**

A expressão “lavagem” na lei brasileira, deve-se à sua consagração no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, seguindo-se o emprego internacional da expressão *money laundering*. Segundo Pitombo (2003, p. 32):

[...] há quem identifique a origem, na década de 1920, quando as lavanderias de Chicago teriam sido utilizadas por gangsters para despistar o dinheiro ilícito. Existem menções a Meyer Lansky, mafioso da época. Porém, tem-se certeza de que foi empregada nas reportagens que cobriram o escândalo *Watergate*.

Não se optou, no Brasil, pelo termo “branqueamento”, como no direito português, pois poderia sugerir a “[...] interferência racista do vocábulo, motivando estereis e inoportunas discussões” (conforme colocado na Exposição de Motivos n.º 692, publicada no Diário do Senado Federal em 25.11.97, p. 25671).

No direito comparado colhem-se expressões diversas: *money laundering*, *riciclaggio del denaro*, *blanchiment de l'argent*, *geldwache*, *blanqueo de capitales*, *lavado de dinero*, branqueamento de capitais, todas designando a lavagem de dinheiro consagrada no direito brasileiro.

No intuito de ampliar a aplicação penal, no texto da lei não se repetiu a expressão “lavagem de dinheiro”, vindo a ser substituída por “bens, direitos e valores”, em obediência ao princípio da legalidade (PITOMBO, 2003, p. 35).

O branqueamento de capitais é antes de tudo um processo, uma atividade finalística. Significa dizer que os bens de origem delitiva passam por uma operação, muitas vezes constituída de vários níveis intermediários, com o fim de serem integrados, com aparência de licitude, no sistema econômico.

Normativamente, o crime é definido como a atividade tendente a “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime” (art. 1º da Lei n.º 9.613/98).

Deve ser ressaltado que a lei faz uma enumeração taxativa de quais são os crimes antecedentes que podem ensejar a criminalização por lavagem de dinheiro, a saber:

- a) tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- b) terrorismo e seu financiamento;
- c) contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

- d) extorsão mediante sequestro;
- e) crimes contra a Administração Pública;
- f) crimes contra o sistema financeiro nacional;
- g) crimes praticados por organização criminosa;
- h) crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira.

### 3.1 Fases ou Procedimento da Lavagem de Capitais

A operação da lavagem mostra-se de enorme complexidade e sofisticação, mas costuma-se visualizar a presença de pelo menos três fases no processo: a fase de ocultação, a fase de cobertura ou controle e a fase de integração, as quais, para Cervini (2001, p. 65), podem ser incluídas em duas instâncias fundamentais:

[...] una primera llamada de mimetización fiduciaria primaria o formal, por medio de la cual los grupos ilícitos procuran que el gran volumen de dinero caliente originado en sus actividades se disimule entre la masa de dinero lícito o “no crítico” que circula por el mundo y una segunda en la cual, a mediano plazo y por imperio de la propia mecánica de los fenómenos monetarios se da una integración material de esos activos financieros.

Na fase de ocultação, o que se procura é dar menor visibilidade ao montante a ser lavado, buscando-se separação física entre o agente e o produto do crime antecedente, distanciando-os. Como os valores a ser tornados lícitos, em geral, são bastante elevados, o que se quer é transformar esse montante em quantias mais manejáveis e ocultá-las.

Nessa fase, costuma-se utilizar o sistema financeiro, bancos, corretores de bolsas, mercado de joias e obras de arte, casas de câmbio, empresas de seguro, empregados intermediários.

A fim de distanciar a origem ilícita dos bens e valores a serem lavados, tem início a segunda fase, dita de escurecimento ou cobertura. “O objetivo principal do agente é distanciar ao máximo o dinheiro de sua origem, apagando os vestígios de sua obtenção” (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 321). E isso é conseguido por meio de várias e complexas operações econômico-financeiras.

Para tal desiderato, utilizam-se de várias técnicas: conversão do dinheiro em instrumentos financeiros, aquisição de bens materiais com dinheiro e sua posterior troca ou venda, transferência eletrônica internacional de fundos, etc. (CALLEGARI, 2003, p. 55-58).

Na última fase, a de integração, o que se busca é o retorno do dinheiro, após os circuitos econômicos anteriores, ao sistema econômico e financeiro, como se dinheiro legal fosse. Utiliza-se o dinheiro que agora será tornado lícito, na compra de propriedades e bens, pagando dívidas, constituindo empresas e estabelecimentos lícitos, financiando atividades de terceiros, concedendo empréstimos, e reinvestindo o capital em outros novos ilícitos.

### 3.2 Características da Lavagem de Capitais

Callegari (2003, p. 39-46) faz uma síntese das características dos delitos de lavagem de dinheiro:

- a) internacionalidade: relaciona-se com a própria natureza dos bens e serviços objeto do delito, cujo lugar de origem pode encontrar-se a uma distância enorme de seus destinatários finais. Para tanto, os “lavadores” utilizam-se do sistema bancário internacional para facilitar sua atuação;
- b) profissionalização do trabalho: os “lavadores” geralmente estão inseridos em organizações criminosas com graus elevados de organização e profissionalismo;
- c) complexidade ou variedade dos métodos empregados;
- d) volume do fenômeno: este volume é tão grande que se converteu na característica essencial do mesmo;
- e) conexão entre redes criminais internacionais.

## **4 A Lavagem de Dinheiro e os Processos de Criminalização**

### **4.1 A Lei n.º 9.613/98 e o Processo de Criminalização Primária**

A partir do paradigma criminológico da reação social, o estudo das instâncias formais de controle necessariamente deve incluir o debate sobre a lei, já que ela própria constitui a instância primária de seleção e controle da delinquência.

Dias e Andrade (1984, p. 398), ressaltando a dialética entre movimentos de descriminalização e movimentos de neocriminalização, citam Merkel, para quem a “história do direito penal obedece à permanente tensão entre dois movimentos de sentido contrário: o abandono de áreas de criminalização e a conquista de novos espaços”.

E é na conquista desses novos espaços que se insere a lavagem de dinheiro, como inserta no movimento de neocriminalização. A criminalidade econômica introduz-se neste contexto tendo em vista que “[...] os quadros axiológicos não acompanham o ritmo das realizações científicas, provocando-se assim verdadeiros vazios normativos, cujo preenchimento poderá eventualmente ter de contar com o concurso do direito criminal”, abrangendo os crimes de colarinho branco, crimes contra a saúde, a segurança social, etc. (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 436-437).

Durante a década de 90 do século passado, as medidas jurídicas para o controle do fluxo de valores provenientes de crimes consistiram, basicamente, de medidas administrativas, principalmente pela atuação do Banco Central do Brasil. Tais medidas, no entanto, mostrando-se ineficazes, contribuíram para o aumento da pressão internacional para a criminalização das condutas de lavagem de capitais.

Em 5/7/1996, publicou-se um anteprojeto de lei, para sugestões, elaborado pelo então ministro da Justiça, Nelson Jobim, com a colaboração de Francisco Assis Toledo, Miguel Reale Junior, Vicente Greco Filho e René Ariel Dotti (as várias informações sobre o processo legislativo aqui constantes foram retiradas de Pitombo (2003, p. 52-65).

Nesse anteprojeto, o *caput* do tipo legal vinha com a seguinte redação:

Art. 1º. Ocultar ou dissimular verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de

bens, direitos ou valores sabendo serem oriundos, direta ou indiretamente, de crime:

- a) de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- b) praticado por organização criminosa;
- c) de terrorismo;
- d) de contrabando ou tráfico de armas ou munições;
- e) contra a Administração Pública;

Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. (PITOMBO, 2003, p. 55).

Passando pela Casa Civil, o anteprojeto passou por mudanças no *caput* e na lista de crimes antecedentes, vindo a ser apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2.688/96:

Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

- I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- II – de terrorismo;
- III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;
- IV – de extorsão mediante sequestro;
- V – contra a Administração Pública;
- VI – contra o sistema financeiro nacional;
- VII – praticado por organização criminosa;

Pena: reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e multa. (PITOMBO, 2003, p. 56).

As mudanças são evidentes: no *caput*, na lista de crimes antecedentes e na pena.

Este projeto foi assim aprovado na Câmara dos Deputados. Em sua exposição de motivos, justificou-se a lista dos crimes antecedentes tendo em “[...] vista a implementar o clássico princípio da justiça penal universal, mediante tratados e convenções, como

estratégia de uma Política Criminal transnacional” (JOBIM, 1997 apud PITOMBO, 2003, p. 58).

No Senado, o ora Projeto n.º 66/1997 passou por várias discussões, inclusive com propostas de inclusão, nos crimes antecedentes, dos crimes contra a ordem tributária, o que não vingou, afinal.

Enfim, o artigo primeiro ficou assim redigido:

Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II – de terrorismo;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV – de extorsão mediante sequestro;

V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI – contra o Sistema Financeiro Nacional;

VII – praticado por organização criminosa;

Pena: reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e multa. (PITOMBO, 2003, p. 56).

Com a aprovação da Lei n.º 10.467/02, ampliando a lista de crimes contra a Administração Pública (arts. 337-B, 337-C, 337-D do Código Penal), envolvendo a administração pública estrangeira, tais tipos foram incluídos na lista dos crimes antecedentes aos de lavagem de dinheiro (inc. VIII).

Finalmente, com a Lei n.º 10.701/03, mudou-se a redação do inciso II para “terrorismo e seu financiamento” e tentou-



-se incluir o tráfico ilícito de órgãos ou pessoas (inc. VIII). No entanto, esta última inclusão restou vetada pelo Presidente da República, uma vez que implicaria *abolitio criminis* com relação aos crimes contra a Administração Pública estrangeira, já que os dois incisos teriam a mesma numeração.

A seleção do legislador de tais crimes é justificada pelo então ministro da Justiça, Nelson Jobim, afirmando que não se “[...] quis banalizar o ilícito de lavagem de dinheiro” (PITOMBO, 2003, p. 58).

A não inclusão dos crimes contra a ordem tributária na lista é justificada com o argumento de que tais crimes não representariam aumento patrimonial ao agente, que manteria seu próprio patrimônio, escapando da obrigação fiscal e que “[...] a inclusão do crime tributário como delito prévio poderia caracterizar eventual *bis in idem*, quando a lavagem fosse cometida na modalidade da ocultação” (PITOMBO, 2003, p. 60).

Para Castilho (2004, p. 51-52), esses argumentos não se sustentam, já que, pelo princípio da poupança, a cumulação de quantias não pagas permitem ganhos e aumento de patrimônio, e de que se configuraria um *bis in idem* a inclusão dos crimes tributários, isto deveria valer para os outros tipos penais constantes na lista.

A mesma autora apresenta a verdadeira razão da não criminalização dos crimes contra a ordem tributária como antecedentes da lavagem de dinheiro. Conforme Arlacchi (apud CASTILHO, 2004, p. 53):

[...] a estrutura financeira da lavagem de dinheiro alterou-se. A grande massa de ativos que circula no mercado financeiro global constitui dinheiro dos grandes especuladores. Ao contrário do que se pensa, não tem origem no tráfico de drogas, de armas e de seres humanos – 50% provêm da evasão fiscal e pertencem a grandes sociedades multinacionais e a pessoas físicas muito ricas; 30 a 40% são produto da corrupção de autoridades políticas do primeiro escalão, e apenas 10 a 20% são de organizações criminosas, que atuam principalmente no tráfico de drogas, armas e de seres humanos. O detalhe relevante é que, qualquer que seja a origem, a lavagem se faz nos mesmos bancos.

Existe pressão internacional para a exclusão dos crimes tributários do rol de antecedentes da lavagem de dinheiro. Para alguns países, essas condutas nem mesmo são criminalizadas primariamente, tendo a exclusão destes crimes atendido “[...] a razões econômicas, de proteção dos detentores de capital nos países ricos” (CASTILHO, 2004, p. 57).

Em 2012, editou-se a Lei nº 12.683, a qual revogou o rol dos crimes antecedentes, com redação genérica acerca da proveniência dos bens ilícitos de infração penal. A redação atual da lei é a seguinte:

Art. 1. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I – os converte em ativos lícitos;

II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

#### 4.2 Criminalização Secundária: a Polícia, o MP, o Judiciário e o COAF

A atuação das instâncias formais que tradicionalmente compõem o “sistema penal” – Polícia, Ministério Público e Judiciário – não ocorre baseada numa “lógica sistêmica”, já que cada instância acaba por desenvolver sua lógica própria de atuação (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 381).

Na lavagem de capitais, este problema fica mais evidente, uma vez que, além da necessidade de atuação em conjunto desses três órgãos, é necessária a conjugação de esforços de outras instituições. A cooperação multi-institucional – Polícia Federal, MPF, Justiça Federal, Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários, Superintendência de Seguros Privados, Secretaria de Previdência Complementar e Receita Federal – é colocada como uma carência no controle da lavagem de dinheiro.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Uma das sugestões da “Comissão de Estudos sobre Crime de lavagem de dinheiro”, instituída pela Portaria CJF, n.º 98, de 4/9/02.

#### 4.2.1 A Atividade da Polícia

O papel explícito e oficial da Polícia, tal qual expresso na Constituição Federal, art. 144, é a manutenção da ordem pública, repressão e prevenção do crime. As funções de polícia judiciária e apuração de crimes, no Brasil, estão a cargo da Polícia Federal e das Polícias Civis (§ 1º, incisos I a IV e § 4º).

Por ser o órgão de maior visibilidade dentro do sistema de controle, mais presente no senso comum do cidadão, seu papel no mecanismo de seleção da criminalidade é determinante (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 443).

Dos órgãos do controle formal, para Dias e Andrade (1984, p. 443-444), a Polícia é o órgão que, trabalhando com o maior volume de condutas desviadas, fá-lo com maior discricionariedade, à margem da legalidade. Assim, é ela quem:

[...] reduz drasticamente as alternativas ao dispor das instâncias de controle situadas a jusante, condicionando mesmo o sentido de suas decisões.

A ideia de discricionariedade da polícia briga com as representações comuns da coletividade em geral e da própria polícia. Segundo tais representações, a polícia é uma instância de controle virada para a manutenção da ordem e aplicação da lei, nos termos da mais estrita legalidade. Só que, cedo se começou por verificar ser em absoluto irrealista qualquer expectativa de total *enforcement*, isto é, a resposta da polícia a toda a criminalidade.

Sobre a discricionariedade de sua atuação, escreve Turk (apud DIAS; ANDRADE, 1984, p. 445-446) que a polícia “dispõe de um largo leque de alternativas à estrita e efetiva aplicação da

lei: umas legais, outras ilegais, outras ainda situadas numa zona cinzenta não expressamente coberta pela lei ou pelos manuais.”

Entende-se como “discricionariedade de fato” da Polícia o “[...] espaço de liberdade que goza a ação concreta da polícia e que ultrapassa largamente as margens dentro das quais a lei permite a intervenção de considerações de oportunidade da polícia” (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 446).

Ela Castilho (1998, p. 139-140), sinteticamente, apresenta as variáveis determinantes que, segundo Dias e Andrade, dão o sentido desta discricionariedade:

[...] a Polícia tende a esclarecer uma infração quanto mais grave ela for. O conceito de gravidade, porém, é grandemente influenciado pela chamada subcultura policial. Por isso, o pouco empenho em crimes de menor envolvimento emocional, como os crimes de colarinho branco [...];

a Polícia evita sistematicamente o processamento de um caso quando as relações entre o criminoso e a vítima são próximas, quando ambos têm interesses comuns contrários aos da Polícia, ou quando a vítima se preocupa com a restituição ou com o ressarcimento [...]

quanto mais profissionalizada e burocratizada for a organização policial, e, portanto, mais distante em relação à comunidade em que ocorre, mais provável será a obediência aos critérios de legalidade;

a Polícia tende a ser compreensiva para com os suspeitos que exigem uma imagem de conformidade com o direito;

a Polícia é particularmente sensível ao modo como atuam as demais instâncias formais [...];

algumas normais criminais contam com limitada adesão da Polícia, ou mesmo com hostilidade. Isso é frequente quando estão em jogo normas decorrentes da política intervencionista do Estado;

quanto maior for o poder e o status do infrator, menor será a probabilidade de ele ser formalmente investigado pela Polícia.

Dias e Andrade (1984, p. 447), ainda, escrevem que a atuação policial, em geral, é reativa, e, apenas excepcionalmente, proativa, pois os crimes conhecidos por ela devem-se basicamente a estímulos externos advindos de denúncia, ora da vítima, ora de pessoas que lhe são próximas. Há domínios, no entanto, nos quais a atividade proativa da Polícia se mostra mais evidente, a exemplo dos crimes sem vítima e dos crimes de vítima abstrata, como o são os crimes do colarinho branco.

A atividade da Polícia é, no mais das vezes, orientada por estereótipos, determinando para onde sua ação deve-se dirigir e que tipos de pessoas deve abordar, tendendo o órgão “[...] a se deslocar para áreas habitadas por minorias desclassificadas de a abordar sobretudo as pessoas que – pela cor da pele, gestos, modos de vestir, corte de cabelo ou barba, etc. – são a imagem exterior da desconformidade” (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 451).

À falta de pesquisas empíricas a embasar a atuação da Polícia no controle de crimes econômicos, sobre os crimes de lavagem de dinheiro, são ilustrativas as conclusões de Ela Castilho a respeito da atuação do mesmo órgão no que tange aos crimes contra o sistema financeiro.

Deve ser ressaltado que, além de os crimes contra o sistema financeiro figurarem na lista dos crimes antecedentes aos de lavagem de dinheiro, estes últimos são um tipo específico de crimes que atentam contra o Sistema Financeiro Nacional (FONTELES, 2005), ainda que figurando em lei diversa. Assim, espera-se que os filtros usados pela Polícia, pelo Ministério

Público e pelo Judiciário, na seleção da criminalidade do sistema financeiro, influenciem decisivamente na filtragem dos crimes de lavagem de dinheiro.

Destarte, Ela Castilho (1998, p. 257-260) chegou à conclusão de que os mecanismos básicos pelos quais a Polícia se vale para restringir o volume da criminalidade são a morosidade e o desaparelhamento na apuração.

A morosidade na conclusão do inquérito (tempo médio girou em torno de dois anos e cinco meses) é importante na posterior configuração da prescrição retroativa e também na inviabilização de diligências que poderiam ser requeridas pelo Ministério Público durante a instrução criminal.

O desaparelhamento é consequência “[...] do pequeno número de peritos e do despreparo dos delegados na condução de investigação que exija conhecimentos profundos do mercado financeiro” (CASTILHO, 1998, p. 259).

Enfim, a seleção realizada pela Polícia é determinantemente influente na seleção tanto do Ministério Público quanto do Judiciário:

De modo geral, pode-se afirmar que a avaliação do Delegado da Polícia Federal, indiciando ou deixando de indiciar alguém, bem como a classificação jurídica dada ao fato, não são decisivas para que uma pessoa seja denunciada ou não pelo Ministério Público e em que termos. Todavia, é certo que a acusação deve ser vinculada aos fatos apurados. Se a Polícia deixou de apurar ou apurou mal, as possibilidades de o Ministério Público formular uma acusação fundamentada e completa, bem como de conseguir a condenação, serão pequenas. Por isso, em grande

parte, a filtragem que se faz explicitamente no Ministério Público e no Judiciário decorre na verdade da seleção feita pela Polícia (CASTILHO, 1998, p. 257).

Partindo de dados apresentados pelo COAF, a Polícia Federal, de 1998 a 2003, instaurou, com fundamento nos crimes da Lei n.º 9.613/98, um total de 1.107 inquéritos independentemente da atuação do COAF, tendo sido indiciadas 721 pessoas (Procurou-se entrar em contato com a Polícia Federal a fim de obter outros dados sobre os inquéritos. No entanto, alegando-se segredo de justiça, não se forneceu qualquer dado.) (BRASIL, 2003).

Contudo, pela falta de dados consolidados do Ministério Público e do Judiciário a respeito desses inquéritos, ou mesmo dados da própria Polícia referentes ao tempo decorrido da ocorrência dos fatos até a instauração dos inquéritos, que investigações deram base a instauração dos inquéritos, quais os critérios usados para a não instauração de inquéritos, dados por unidade da federação, entre outros, não é possível quantificação aproximada da cifra oculta da criminalidade de lavagem de capitais, na primeira fase de criminalização, com a atuação da Polícia.

#### 4.2.2 A Atuação do Ministério Público

Nos vários sistemas penais, está a cargo do Ministério Público a dedução da acusação perante o Judiciário. No Brasil, a ação penal pública é de exclusividade deste órgão, devendo ele agir pautado pelos princípios da legalidade e da obrigatoriedade.



A dificultar o estudo da seleção operada pelo Ministério Público no Brasil, tem-se o fato de sua conformação institucional, uma vez que ao lado do Ministério Público da União (Federal, Trabalho, Militar e Distrito Federal) existem os Ministérios Públicos estaduais, o que torna difícil a consolidação de dados globais, mormente sobre as ações instauradas na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro.

Os resultados das investigações realizadas em outros países a respeito dessa instância formal são de pouca valia para o estudo do processo de definição e seleção, haja vista a especificidade do estatuto jurídico e sociológico do Ministério Público brasileiro (CASTILHO, 1998, p. 145).

Dias e Andrade (1984, p. 481), apesar disso, acreditam que as diferenças de estatuto jurídico e sociológico “[...] não invalidam, com efeito, um conjunto significativo de aspectos comuns do ponto de vista funcional – no que concerne, v.g., aos objetivos da ação e aos critérios de decisão – que tornam possível e útil uma teoria geral do MP”.

É comum em todos os sistemas, em primeiro lugar, a defasagem entre o teor das expectativas e o nível dos meios, ou seja, o déficit entre os recursos que tem a dispor e o número de casos a atender. Depois, a equivocidade do seu papel consistente em ser e atuar simultânea e contraditoriamente como juiz (fiscal da lei) e como polícia (parte). Ressaltam – aqueles autores - a dimensão política, que se manifesta tanto nos sistemas que oficialmente a sancionam (de forma paradigmática, nos Estados Unidos), como nos sistemas que a vedam em absoluto. A única coisa que varia, além da expressão quantitativa, são os expedientes técnicos. No primeiro caso, tal sucede abertamente pela via da plea negotiation, em outros, pela via indireta da insuficiência

em matéria de prova. E concluem [DIAS e ANDRADE] pela existência de discricionariedade real, num cenário povoado de atores – policiais, indiciados, testemunhas, vítimas, julgadores, etc. – que ampliam as frentes de conflito e de negociação (CASTILHO, 1998, p. 146-147).

Nesse sentido, a partir da análise do Ministério Público alemão feita por aqueles autores, acredita-se ser possível subsidiar a investigação do Ministério Público brasileiro, uma vez que, tal como aquele, o MP aqui trabalha pautado na legalidade e na obrigatoriedade.

Dias e Andrade (1984, p. 496-500) indicam os “princípios e representações ideológicas” que orientam o MP alemão:

- a) a discricionariedade real transborda, em muito, a discricionariedade formal, isso valendo inclusive para os crimes em que vigora o princípio da legalidade;
- b) acentuada burocratização de sua organização e a rotina de sua atuação o afasta da interação com o suspeito, aproximando-o do processo, isto como “[...] consequência do conflito entre os fins (ou expectativas da comunidade: a resposta ao crime em termos de legalidade) e os meios ao seu dispor”;
- c) criminalização seletiva substancialmente de jovens, pessoas com antecedentes criminais e, de um modo geral, membros de classe inferiores;
- d) via de regra, aceitação passiva das investigações policiais, já que sua atuação pró-ativa limita-se a específicas formas de criminalidade como o homicídio, o terrorismo e a criminalidade do colarinho branco;

- e) se o suspeito é conhecido, as investigações da polícia pré-determinam a atitude do MP, ao contrário daqueles em que o autor não é identificado, pois aqui o MP limita-se ao pedido de arquivamento;
- f) é na valoração da prova que o MP faz penetrar, mais fortemente, suas concepções político-criminais e seus estereótipos. Também nessa matéria o MP atua seletivamente “[...] funcionando contra os arguidos oriundos dos grupos sociais mais desclassificados em termos de competência da ação”, figurando como fatores de forte influência a confissão do suspeito, seus antecedentes criminais, a gravidade da infração, e o status da vítima e suas relações com o suspeito.

Também no que tange ao Ministério Público, merecem menção as conclusões de Ela Castilho (1998, p. 261-271) referentes aos crimes contra o sistema financeiro nacional. Presentes também os mecanismos da morosidade e do desaparelhamento, o mecanismo de seleção primordial avaliado pela autora é o da desqualificação da conduta, operada tanto no oferecimento da denúncia quanto no pedido de arquivamento.

O desaparelhamento na apuração, presente na Polícia e também no Ministério Público, mostra-se também relevante, pois este órgão nem “[...] sequer possui um banco de dados integrado sobre as ações penais que promove. Pela simples organização dos dados, a instituição estaria mais aparelhada para tomar decisões no cumprimento de sua função.” (CASTILHO, 1998, p. 261-271).

O desaparelhamento na apuração se articula com as desqualificações de conduta, pois estas, afinal “[...] decorrem muitas vezes desse desaparelhamento para compreender a engrenagem do sistema financeiro e de como funcionam os instrumentos de intervenção do Estado para a diminuição das desigualdades econômicas” (CASTILHO, 1998, p. 261-271).

#### 4.2.3 O Poder Judiciário

O senso comum concebe o Judiciário como um órgão neutro, devendo estar equidistantes dos interesses particulares em jogo. Como colocado por Dias e Andrade (1984, p. 504), as representações coletivas creem que:

[...] toda a ação do tribunal está plenamente pré-programada, isto é, obedece a um irrestrito programa condicional [...]. Na verdade, se no que toca à definição dos fatos o tribunal se move nos limites da verdade material, já no que respeita à valoração jurídica ele se limita a extrair, pela via da subsunção, as consequências já contidas nas prescrições abstratas das leis incriminatórias e sancionatórias.

Mas a “[...] concepção moderna de administração da justiça como um subsistema do sistema político global teve como uma das consequências desmentir por completo a ideia convencional da justiça como uma função neutra [...]” (CASTILHO, 1998, p. 148).

O juiz ou o tribunal, para decidir, jogam com vários fatores, ora jurídicos, ora extrajurídicos, no sentido da reconstrução dos fatos:

[...] são fatores como “teorias”, estereótipos, crenças, convicções, símbolos, atitudes, etc., que condicionam a “percepção” do juiz e as respectivas “hierarquias de credibilidade”. O que equivale a dizer que são eles que decidem a qual das construções da realidade concorrentes (veiculadas pela acusação, defesa, vítima, testemunhas, imprensa) o tribunal vai aderir, ou o tipo de construção da realidade que ele próprio elaborará (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 508).

Esses fatores entram em jogo inclusive em matéria de fixação e aplicação da pena. Nesse ponto, a própria lei é que dá poderes aos juízes para a concretização da sanção nos limites da moldura penal abstrata (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 509). Acentuando o papel dos *second codes* na determinação da pena aplicável, Dias e Andrade (1984, p. 509) afirmam que seria profundo erro:

[...] pensar [...] que a determinação da medida da pena ocorre num espaço livre de legislação e de racionalidade, em que tudo seria atribuído à “arte” e à subjetividade do julgador. Só que, como a sociologia da ação jurisdicional tem posto em evidência [...], não é possível preencher o “programa” do legislador sem o contributo dos concorrentes “programas” do julgador, dos seus *second codes* que prestam homenagem a estereótipos, ideologias e “teorias”.

O papel seletivo do Judiciário é relevante, uma vez que, entre os órgãos de controle sociopenal, é esta instância que possui o maior poder de atribuição da qualidade de criminoso, cabendo ao tribunal, simultaneamente:

[...] criar os fatos e imprimir às normas legais o seu conteúdo definitivo. O que equivale a afirmar que é a ele que cabe, em último termo, o recrutamento das pessoas que, em cada

sociedade, vão desempenhar o papel de delinquentes (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 512).

Nesse sentido, diz-se que “[...] o controle social exercido pelos juízes é amplo no sentido da estigmatização daqueles que são selecionados mediante a ação dos processos de aplicação da lei” (SACK apud CASTILHO, 1998, p. 149).

Deve ainda ser salientado que a seleção operada pelos tribunais influencia decisivamente as demais instâncias de controle, por força, como Dias e Andrade (1984, p. 512) afirmam, de um processo de *feed-back*. Essa interação se dá também com o que os autores chamam de “outros significantes”, alguns presentes (MP, advogados, acusado, ofendido, testemunhas, peritos, imprensa, público, etc.), alguns ausentes (outros juízes, tribunais superiores, opinião pública, doutrina penal, etc.) (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 519).

Essa discricionariedade do tribunal é voltada, no mais das vezes, para a seleção de indivíduos de menor status econômico social. Sobre a criminalidade econômica:

[...] outro dado da criminologia da seleção no tribunal é a comprovada relutância de os juízes condenarem a prisão efetiva as elites e as classes medias da vida econômica, da administração ou das profissões liberais. Da mesma atitude beneficiam, de resto, os filhos destes grupos sociais. As coisas são particularmente ostensivas em relação aos delinquentes de white-collar, designadamente aos autores de crimes contra a economia. O reduzido número de processos que lhe são instaurados, se não terminam em absolvição, dão lugar a condenações muitas vezes puramente simbólicas, sem o estigma e os custos da prisão (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 536).

Trazendo, também no que tange ao Judiciário, as conclusões de Ela Castilho (1998, p. 277-281) atinentes aos crimes contra o sistema financeiro nacional, os mecanismos de seleção ressaltados são a morosidade na instrução criminal, tida como mecanismo preponderante, e a desqualificação da conduta, como nas outras instâncias de controle.

#### 4.2.4 Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF – foi criado pela Lei n.º 9.613/98 (art. 14) dentro da estrutura do Ministério da Fazenda.

É um órgão colegiado composto por integrantes do Banco Central (BACEN), da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal, da Agência Brasileira de Inteligência, do Departamento da Polícia Federal, do Ministério das Relações Exteriores e da Controladoria-Geral da União.

Tem como funções legais: disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas, coordenando e propondo medidas de cooperação e troca de informações entre autoridades nacionais e internacionais.

O COAF disciplina as atividades de vários segmentos econômico-financeiros no que tange à comunicação de operações suspeitas (bingos, bolsas de mercadorias, empresas de cartões de crédito, *factoring*, casas de câmbio, empresas de joias, pedras

e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades, empresas de loterias e sorteios).

Para regulamentar a atuação de outros setores que possivelmente podem ser usados para a lavagem de dinheiro, coordena-se a atuação com órgãos, como a Comissão de Valores Mobiliários - CVM (referente a bolsas), o Banco Central - BACEN (quando se tratar de operações atípicas e operações em espécie), a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP (para empresas de seguro) e a Secretaria de Previdência Complementar - SPC (fundos de pensão).

Trabalhando como agência de intercâmbio internacional, o COAF mantém contatos com a Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas/OEA – CICAD/OEA, com o Grupo Egmont, com o GAFI/FATF, com o Grupo de Ação Financeira da América do Sul contra Lavagem de Ativos – GAFISUD, além da manutenção de cooperação bilateral com outros países, ora atuando na reciprocidade de troca de informações, ora firmando convênios.

O que importa aqui é sua atuação como órgão de controle penal, pois o art. 15 da Lei n.º 9.613/98 impõe: “[...] o COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.”

Essa atividade como órgão externo ao sistema penal tradicional (Polícia, Ministério Público e Judiciário) não é



novidade, já que existem outras instâncias administrativas de controle, a exemplo do BACEN, para os crimes contra o sistema financeiro nacional e da Secretaria da Receita, para os crimes contra a ordem tributária.

Não é somente o COAF, por óbvio, que pode iniciar investigações relativas à lavagem de dinheiro. A Polícia e o MP podem dar início a diligências com o mesmo propósito. Contudo, é o COAF o órgão que centraliza as comunicações do BACEN, da SUSEP, da CVM e da SPC, pois estes, além de atuar como órgãos reguladores, devem comunicar notícias de operações suspeitas de ocorrências de crimes de lavagem de dinheiro.

Tanto a Polícia quanto o COAF, tendo indícios suficientes de ocorrência de crime de lavagem de dinheiro, devem encaminhar suas conclusões ao Ministério Público. O COAF, em seus relatórios, faz alusão apenas a comunicações ao “Ministério Público”, não especificando se estadual ou federal. Adentra-se aqui no problema da definição da competência para a persecução do crime de lavagem de dinheiro, já que, se se entender que a competência é estadual, deverá ser comunicado o MP do estado em questão, ainda que o inquérito policial tenha sido concluído pela Polícia Federal.

A atuação como órgão de definição e seleção se dá no momento de dizer o que é uma “operação suspeita” e quais casos contêm “fundados indícios” de ocorrência do crime.

O COAF, definindo uma operação como suspeita a fim de sujeitar os órgãos a comunicações obrigatórias, edita Resoluções.

Esta definição ora se dá por um critério de valor (por exemplo, operações que excedam R\$ 10.000,00), ora por outros critérios específicos de determinado setor econômico.

Enfatizando o efeito funil da seleção das comunicações de operações suspeitas que chegaram ao Judiciário, inicialmente dá-se uma seleção nos órgãos sujeitos a estas comunicações compulsórias, com o fito de se saber se determinada operação encaixa-se ou não como suspeita, o que às vezes não é tarefa fácil, a exemplo do que ocorre para as empresas de *factoring*, reguladas pela Resolução nº 2, saber se ocorreram ou não “[...] aumentos substanciais no volume de ativos vendidos ou cedidos pela empresa contratante à empresa de fomento comercial”.

Em um segundo momento, outro filtro entra em operação, agora no COAF, para saber se a operação contém ou não fundados indícios de ocorrência do crime, e aqui os critérios não são explícitos, pois não fazem parte de uma norma interna, ficando ao talante dos membros daquele órgão.

De 1999 a 2006, o COAF recebeu um total de 496.006 comunicações de operações suspeitas. Até 2003, foram 59.478 comunicações, sendo direcionados 1325 casos aos órgãos responsáveis (Polícia, MP, órgãos do governo e Poder Judiciário), sendo que 6.908 pessoas estavam ou envolvidas ou relacionadas nesses casos.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Relatório de Atividades do COAF de 2003 e 2006, obtidos via internet: <https://www.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/relatorios-coaf> em 1º/10/2007.

Apesar de o dado ser oficial, fica demonstrado o tamanho da seleção feita pelo COAF, pois foi direcionado percentual de pouco mais de 2,2% das operações suspeitas comunicadas.

Ressalte-se que o COAF, por meio de seus relatórios, não deixa claro que critérios são usados para esta seleção e não se dispõe de outras pesquisas. Com relação à tramitação dos casos direcionados aos órgãos competentes, estes não dispõem de estatísticas específicas sobre os casos de lavagem de capitais, problema este colocado pelo próprio Conselho:

A falta de estatísticas dos órgãos públicos responsáveis pela repressão da criminalidade na esfera federal e na estadual impossibilita a formulação de um quadro completo dos resultados obtidos na luta contra a lavagem de dinheiro, tais como, o número de pessoas processadas e/ou condenadas, o volume de dinheiro apreendido e/ou confiscado e o número de pessoas indiciadas.<sup>5</sup>

## 5 Conclusões

O desenvolvimento do pensamento criminológico demonstra que a explicação etiológica do crime acaba por funcionar como instrumento de legitimação do direito penal vigente, uma vez que, ao não se questionar os fundamentos deste direito e nem da ideologia que lhe é subjacente, aceita suas conclusões acriticamente, funcionando como instrumento mesmo de controle.

---

<sup>5</sup> Relatório de Atividades do COAF 2002, obtido via internet: <https://www.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/relatorios-coaf> em 1º/10/2007.

A mudança de paradigma criminológico veio contribuir para a deslegitimação, ampliando o objeto de estudo, ao trazer o controle social para o centro da discussão, passando a questionar os fundamentos ideológicos do direito penal e da criminologia e, polemizando as cifras ocultas e a criminalidade econômica (colarinho branco).

Fazendo tais debates e estudando a atuação das instâncias formais de controle penal, chegou-se à conclusão de que a não seleção é a regra, pois, seja em nível de criminalização primária, seja em nível secundário, espaços enormes de não incidência, abstrata ou concreta, da lei penal ficam claros. Se a seleção é funcional ao próprio sistema, já que a *total enforcement* seria o caos, essa mesma seleção é dirigida a alguns tipos de criminalidade e alguns segmentos sociais.

Nos crimes econômicos, interpenetram-se economia e política e o poder relativo dos atores econômicos, sua competência de ação, é sumamente alto, o que revela a tendência de a malha legal ser mais aberta quanto a esses crimes, e mais fechada para crimes em que os criminalizados detêm um poder relativo extremamente baixo.

Quanto à lavagem de dinheiro, ainda que faltando dados empíricos na fundamentação do trabalho, pode-se afirmar que a regra é a imunização quase que geral, pois a própria lei deixa de fora grandes espaços de criminalização – por exemplo, crimes contra a ordem tributária – selecionando, sem critérios aparentes, alguns crimes a figurarem na lista de antecedentes a lavagem de capitais.

Os órgãos de controle formal não trabalham como um sistema, apenas costumeiramente pode-se falar em sistema penal. Cada um possui lógica própria de atuação. No Brasil, tem-se buscado atuação dita multi-institucional, com a convergência de esforços da polícia, do MP, do Judiciário, do COAF, do BACEN, da CVM, da SUSEP, e outros órgãos a fim de concatenação de esforços.

A Polícia, orientada basicamente por estereótipos, atua com grande margem de discricionariedade. Na maioria dos casos age reativamente, o que, no caso dos crimes de lavagem de dinheiro, aumenta em muito as cifras ocultas, pois não existe, por exemplo, uma vítima a noticiar o crime, ficando a depender da atuação de outros órgãos, como o COAF, para se dar início a qualquer investigação.

A falta de aparelhamento da Polícia também é um aspecto importante. Para a consecução dos crimes de lavagem de dinheiro, no mais das vezes, utiliza-se do sistema financeiro, seja nacional ou internacional. O desconhecimento de como se dão as operações nesse sistema converge à não criminalização.

O Ministério Público, também orientado por estereótipos, age com grande margem de discricionariedade, apesar do princípio da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal. Sua atividade acaba por ser de aceitação das investigações policiais, também não atuando proativamente, requisitando outras diligências quando as investigações mostrarem-se insuficientes.

Quanto ao Judiciário, sabendo-se que sua seleção dirige-se quase sempre a indivíduos de menor *status* econômico social, e que nos casos de crimes econômicos, seus *second codes* atuam direcionados à absolvição, não é de se esperar que com os crimes de lavagem de dinheiro seja diferente.

A atuação do Judiciário, por influenciar as instâncias que atuam antes dele e depois, influencia também quais casos e quais criminalizados serão submetidos a seu crivo. Se ocorre a desqualificação da conduta, nos crimes econômicos, na decisão judicial, a Polícia e o MP atuarão orientados por essa desqualificação.

Por fim, o COAF detém grande poder de definição e seleção da criminalidade da lavagem de capitais. Para definir o que são “operações suspeitas” e que casos serão ou não encaminhados aos órgãos de controle penal, aquele órgão o faz com ampla discricionariedade. Como pôde ser visto, esta discricionariedade trabalha no sentido de imunizar condutas, já que uma percentagem mínima de casos levados ao COAF é levada a diante.

**Title:** Money Laundering and Criminology: an Analysis from the Paradigm of Social Reaction.

**Abstract:** The scope of the current research is to examine the criminalization of money laundering under the scope of social reaction. With such purpose, the objective is to rescue the development of the epistemological criminology starting from the construction of its etiologic paradigm, based upon classic criminological theories and the criminological positivism, in order to end up in the paradigm of the social reaction from the studies of the Labeling Approach. Specifically on the money laundering subject, it will clarify the performance of the Council for

Financial Activities Control - COAF, which is an agency of unique importance in the selection of behaviors that will influence other social agencies engaged in criminal legislation control, such as the Police, the Judiciary System and Public Prosecutor's Office.

**Keywords:** Criminology. Social reaction. Labeling approach. Money laundering.

## Referências

ADRIASOLA, Gabriel. *Tutela de bienes jurídicos colectivos: crisis de suficiencia del derecho penal*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 20 maio 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 14, p. 276-287, abr./jun. 1996.

\_\_\_\_\_. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, p. 5-24, jul./mar. 1994.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECKER, Howard. *Los extraños: sociología de la desviación*. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporaneo, 1971.

BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 30, p. 51-64, abr./jun. 2000.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Comissão de estudos sobre crime de "lavagem" de dinheiro: Relatório*. Brasília, 2003.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Relatório de atividades 2003. Disponível em: < <http://www.coaf.fazenda.gov.br/o-conselho/relatorio-de-atividades>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

CALLEGARI, André Luis. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.



CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 46-59, mar./abr. 2004.

CERVINI, Raul. A cifra negra da criminalidade oculta. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 81, v. 678, p. 290-300, abr. 1992.

\_\_\_\_\_. Macrocriminalidad economica: apuntes para una aproximación metodológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 50-78, jul./set. 1995.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. Criminalidad organizada y lavado de dinero. In: COPETTI, André (Org.). *Criminalidade moderna e reformas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 65-80.

COSTA, José de Faria. O branqueamento de capitais: algumas reflexões a luz do direito penal e da política criminal. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. 68, p. 59-86, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1984.

\_\_\_\_\_. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 39-65, jan./mar. 2001.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. A globalização e os crimes de “lavagem de dinheiro”: a utilização do sistema financeiro como porto seguro. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, São Paulo, v.1, n. 0, p. 197-225, jan./jun. 2004.

FARIA, José Eduardo. As transformações do direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 22, p. 231-240, abr./jun. 1998.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público; uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FONTELLES, Cláudio Lemos. *A atuação do Ministério Público no combate à lavagem de dinheiro*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol17.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre a impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 166-174, jul./set. 1995.

GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos. Para que sirve la criminología? Nuevas aportaciones al debate sobre sus funciones. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 6, p. 7-25, abr./jun. 1994.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Versão 1.0. 1.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, William Terra. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 231-239, jul/set 1995.

PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Gérson Pereira dos. A modernidade, a pós-modernidade e o processo de globalização à luz do pensamento criminológico. *Ciência Jurídica*, n. 80, p. 29-45, mar. 1998.

VERSELE, Severin-Carlos. A cifra dourada da delinquência. *Revista de Direito Penal*, n. 27, p. 5-20, jan./jun. 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1.

\_\_\_\_\_. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: COPETTI, André (Org.). *Criminalidade moderna e reformas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 139-165.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

---

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

CERQUEIRA, Ericson dos Santos. Lavagem de dinheiro e criminologia: uma análise a partir do paradigma da reação social. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 531-593, 2014. Anual.

---

**Submissão:** 6/5/2014

**Aceite:** 1/7/2014



---

# Paradigmas Socioeducativos: uma Análise na Perspectiva da Criminologia

## Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

Vice-Procuradora-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília.

**Resumo:** Esta pesquisa tem por objeto analisar os paradigmas socioeducativos direcionados aos adolescentes em conflito com a lei, adotando como perspectiva de análise os pensamentos criminológicos denominados etiológico e da reação social. Para tanto, a partir da revisão da literatura e de documentos, são identificados os elementos que caracterizam essas duas vertentes ideológicas. Em seguida, realiza-se descrição dos paradigmas da situação irregular e dogarantista, com recorte no atendimento socioeducativo, para, após cotejá-los com as vertentes do pensamento criminológico. Ao final, conclui-se que a justiça juvenil é um subsistema do Sistema de Controle Penal, seja orientada pelo paradigma da situação irregular, seja pelo paradigma garantista e tem como suporte o pensamento etiológico e da reação social, respectivamente.

**Palavras-chave:** Paradigmas socioeducativos. Pensamento etiológico. Reação social. Controle penal.

**Sumário:** Introdução. 1 Pensamentos Criminológicos. 1.1 Paradigma Etiológico. 1.2 Paradigma da Reação Social. 2 Paradigmas Socioeducativos. 2.1 Situação Irregular. 2.2 Paradigma Garantista. 3 Conclusão. Referências.

## Introdução

A literatura sobre a temática jovem ou “menor” não apresenta a dimensão adequada para o conhecimento da delinquência juvenil enquanto fenômeno. Segundo Garcia Mendez (1994, p.

11) ela, em grande parte, colabora para aumentar o desconhecimento, gerando confusões, mistificando, nesse sentido, ainda mais a questão, na medida em que não enfrenta alguns pontos, como as ambiguidades e contradições entre a proteção, controle penal e direitos e garantias individuais.

A incipiente documentação histórica sobre o controle penal dos “menores” expressa um tratamento penal indistinto até o século XIX, no que toca ao plano normativo e na execução das medidas aplicadas. As mudanças observadas a partir da criação do primeiro Tribunal de Menores, em 1899, em Illinois, EUA, indicam organizações de paradigmas<sup>1</sup> que vão desde esse período até a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, cujo processo caracterizou-se pelo reconhecimento do “menor” como objeto de intervenção para a “cura” até a condição de sujeito de direitos (GARCIA MENDEZ, 1994, p. 18).

Assim, a pesquisa tem a seguinte problemática: Quais as vertentes criminológicas que colaboraram para a organização dos paradigmas da situação irregular e o garantista? A hipótese orientadora é no sentido de que o paradigma da situação

---

<sup>1</sup> O conceito de paradigmas foi elaborado na sua origem para as ciências exatas e biológicas, ante o grau de verificação dessas ciências em relação às ciências do espírito, razão pela qual o conceito será empregado com cautela terminológica.

Kuhn conceitua paradigmas como: “[...] realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência [...]”. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 59.

irregular tem como elemento fundante o pensamento etiológico, enquanto que o paradigma garantista se apoia nos princípios do pensamento da reação social. Para tanto será empreendida revisão da literatura, com descrição, num primeiro momento dos pensamentos etiológicos e da reação social. Em seguida serão apresentados os paradigmas da situação irregular e o garantista, buscando realizar uma interlocução com elementos que caracterizam os pensamentos criminológicos, no intuito de identificar a repercussão desse aporte ideológico na organização dos paradigmas socioeducativos.

## **1 Pensamentos Criminológicos**

Ao longo da história, o pensamento criminológico é marcado por diversas correntes, as quais se organizaram em Escolas de Criminologia. Contudo, a ideologia preconizada por cada escola é tida como atemporal, considerando que cada escola não registra um marco inicial ou final de existência. O que se observa é que o pensamento criminológico segue em marcha questionadora e vincula-se ao contexto sociopolítico e econômico e depende da vertente reflexiva eleita. Nesse sentido, independente da época em que foi organizado, ele é chamado para atender às emergências apontadas pelo Estado e pela sociedade, ajustado aos modelos desses entes abstratos.

Eugenio Raúl Zaffaroni, prefaciando o livro de Gabriel Ignacio Anitua, observa que “na criminologia nada morre e sim, simplesmente, transforma-se ou reaparece atuando de forma diferente” (ANITUA, 2008, p. 11).



Nesse ponto serão apresentadas as correntes do pensamento criminológico, que estruturam os paradigmas etiológico e da reação social, com o objetivo de identificar os seus elementos para, em seguida, aproximá-los dos paradigmas da justiça juvenil.

### 1.1 Paradigma Etiológico

As ideias positivistas partiam do entendimento de que a sociedade era um ente abstrato, porém autônomo e orgânico, apresentando-se como um sistema biológico e, nesse sentido, tornava-se imprescindível a manutenção da ordem desse organismo social, a fim de gerar progresso, afastando os indivíduos sociais “anormais” que colaborassem para o surgimento de conflitos. O acordo entre os cidadãos não mais se fundamentava na ética utilitarista dos iluministas e sim num instinto social para a ordem e o progresso (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 72).

Na concepção do paradigma positivista, a criminologia é vista como uma ciência causal-experimental, cujo objeto de estudo é a criminalidade, esta concebida como fenômeno natural, que tem por objetivo esclarecer as suas causas, sob a orientação de método científico experimental, com o apoio de estatísticas criminais oficiais, prevendo, dessa forma, medidas para o seu enfrentamento. Portanto, sendo a criminalidade uma realidade ontológica anterior ao Direito Penal, cabe reconhecê-la e positivá-la, competindo à ciência desenvolver estratégias de combate em defesa da sociedade.

No seu nascimento, a criminologia busca individuar as causas da criminalidade e os fatores que levam o indivíduo à prática de crimes, para estabelecer mecanismos de combate e para modificar o comportamento daquele que delinuiu (BARATTA, 2002, p. 29-30).

O seu objeto não é o delito, conceituado juridicamente, e sim o homem que delinque reconhecido como diferente e, portanto, passível de observação, sob o ponto de vista clínico (BARATTA, 2002, p. 29).

As ideias de Lombroso aliadas às de Ferri se apresentam como vertentes fundamentais à construção do paradigma etiológico e à busca de cientificidade ao controle social que a Europa experimentava no final do século XIX. Lombroso preconizava que o delinquente era um ser atávico, que surgiu fora do seu tempo, com personalidade marcada por instinto feroz de um homem primitivo e dos animais, o que evidenciava características físicas especiais (GONZALEZ VIDAURRI; SANCHEZ SANDOVAL, 2008, p. 55).

Ferri desenvolveu as suas ideias elegendo como essência a abolição da responsabilidade moral e a sua substituição pela responsabilidade social. Abordou a problemática do delito em diversas perspectivas causais, observando, contudo, as características biológicas, fisiológicas e sociais, reconhecendo, dessa forma, o imbricamento entre a Sociologia Criminal e a Biologia Criminal. Os seus estudos resultaram na seguinte classificação dos delinquentes: doentes mentais, delinquentes

natos, habituais, ocasionais e passionais (GONZALEZ VIDAURRI; SANCHEZ SANDOVAL, 2008, p. 56-57). Para ele o crime não surgia a partir do livre arbítrio, mas, sobretudo, pelo grupo de fatores que estruturam a personalidade de uma minoria de indivíduos, tida como socialmente perigosa, antissocial, e para a qual devem ser adotadas estratégias de defesa social (ANDRADE, 1995).

Essa ideologia da defesa social surgiu com a revolução burguesa, sendo que no mesmo período a ciência penal e a codificação se colocaram como elementos fundamentais do sistema jurídico.

Liszt sustentava a necessidade de analisar o delito a partir de multifatores, biológico, psicológico e sociológico. Nessa perspectiva e no intuito de descrever as características do criminoso, ele conciliou as tipologias anteriormente fixadas em dois grupos, quais sejam: os corrigíveis e os incorrigíveis (GONZALEZ VIDAURRI; SANCHEZ SANDOVAL, 2008, p. 58). Assim, considerava imputáveis somente os indivíduos que podiam se comportar dentro de padrões normais e inimputáveis aqueles que não eram normais, sendo que nesse grupo, juntamente com os doentes mentais e os criminosos habituais, figuravam os menores. Os menores eram incorrigíveis.

Baratta (2002, p. 42) descreve os seguintes princípios norteadores dessa ideologia:

*Princípio da legitimidade* – orienta que o Estado é legítimo para reprimir a criminalidade, expressando, o desejo da

sociedade, por meio das instâncias oficiais de controle social, as quais conferem interpretação e estipulam a dimensão da reação da sociedade, pertinente à reprovação e à reafirmação dos valores e normas sociais.

*Princípio do bem e do mal* – apregoa que o delito é um prejuízo para a sociedade e o indivíduo que delinque é negativo e desprovido de função. Portanto, o desvio criminal pertence ao mal e a sociedade pertence ao bem.

*Princípio da culpabilidade* – o delito retrata uma atitude interna censurável, eis que contrária aos valores e às normas reconhecidas na sociedade antes de ser objeto de posituação legal.

*Princípio da finalidade ou da prevenção* – dentre as funções da pena, tem-se a retribuição e a prevenção. A criminalização primária tem a função de resposta justa e acertada à conduta criminosa. Enquanto a criminalização secundária, a partir da reprimenda concreta, tem a função ressocializadora.

*Princípio da igualdade* – a lei penal é igual para todos e busca atender o comportamento de uma minoria que desvia. Isso significa que a resposta penal se aplicará de forma igualitária a um grupo minoritário de indivíduos delinquentes.

*Princípio do interesse social e do delito natural* – o campo central dos delitos dispostos nos códigos penais das nações chamadas civilizadas almeja proteger os interesses fundamentais e as condições indispensáveis à sobrevivência da sociedade.

Nesse sentido, os bens juridicamente protegidos pelo Direito Penal expressam interesses comuns de todos os cidadãos.

Do leque de princípios extrai-se que a periculosidade social é considerada como anormalidade e, nessa condição, foi inserida no núcleo central do Direito Penal, motivando a função da pena como mecanismo de defesa social e, em consequência, o seu conjunto de finalidades socialmente útil, como a prevenção especial positiva por meio da recuperação do delinquente, pautada na ideia de tratamento. Assim, essa área do saber se preocupou com o diagnóstico da patologia criminal e o respectivo remédio para a cura do delinquente (ANDRADE, 1995).

Nesse paradigma o Direito Penal expressa os interesses comuns da sociedade, esta colocada em campo dual, bem e mal. Não se questiona a organização do Direito Penal no sentido de como e por quais motivos são criminalizadas determinadas condutas e não outras, por que alguns interesses são protegidos e não outros, por que a criminalização atinge determinadas categorias sociais e não outras (BATISTA, 1994, p. 29). De mesmo modo, a racionalidade, os instrumentos normativos penais e as instituições do sistema penal não são questionados. Na medida em que a criminologia positivista deixa de questionar nessa perspectiva, ela termina exercendo uma importante função política quanto à legitimação do sistema posto (BATISTA, 1994, p. 30). A criminologia positivista colaborou e colabora para a representação da criminalidade e do indivíduo que delinque

marcada pelo preconceito e estigmas, em virtude do processo de seletividade do sistema penal, dirigido às baixas classes sociais.

O positivismo criminológico, ainda que sob a roupagem psicologista, reconheceu a área dos “menores” como um espaço adequado para difundir e consolidar sua força em face dos representantes do dogmatismo jurídico (GARCIA MENDEZ; COSTA, 1994, p. 24). Porém, não se pode desconhecer que a matriz positivista ainda é fundamental para o estudo da criminologia, seja como referência histórica, seja para reconhecer o seu predomínio na prática criminal contemporânea.

A insurgência contra o determinismo, a definição de conduta criminosa realizada pelo direito e o reconhecimento do delinquente como um indivíduo diferente compõem o pensamento da nova criminologia (BARATTA, 2002, p. 30), conforme abordagem a seguir.

## 1.2 Paradigma da Reação Social

O paradigma etiológico de base europeia se apresenta como o modelo tradicional praticado na Europa, baseado na ideologia da defesa social. Porém, enquanto o pensamento criminológico europeu fica em letargia, novas vertentes da criminologia surgiram na América do Norte.

Aniyar de Castro (1983) conceitua criminologia como a atividade voltada ao estudo das engrenagens de criação da normatização social e penal pertinentes à conduta desviante; a reação social formal ou não, quanto ao seu processo de elaboração, o seu modo, o seu conteúdo e a sua repercussão.

Andrade, a partir das ideias de Baratta, apresenta reflexão crítica sobre a ideologia da defesa social. Salienta que o princípio do bem e do mal é alvo de questionamento pela teoria funcionalista da anomia<sup>2</sup>, sob o argumento de que os fatores que levam ao desvio criminal não se encontram na patologia individual ou social, pois a criminalidade é um fenômeno normal, é da essência da estrutura social (ANDRADE, 1997, p. 200). As teorias das subculturas criminais<sup>3</sup> questionam o princípio da culpabilidade, no sentido de que a conduta criminosa não externa o interior reprovável do indivíduo delinquente, eis que não existe um único sistema de valores, mas vários operados por mecanismos de socialização e de aprendizagem nos diversos grupos sociais de

---

<sup>2</sup> [...] Esta teoria, introduzida pelas obras clássicas de Emile Durkheim e desenvolvida por Robert Merton, representa a virada em direção sociológica efetuada pela criminologia contemporânea. A teoria estrutural-funcionalista da anomia e da criminalidade afirma: 1. As causas do desvio não devem ser pesquisadas nem em fatores bioantropológicos e naturais (clima, raça) nem em uma situação patológica da estrutura social. 2. O desvio é um fenômeno normal de toda estrutura social.

Somente quando são ultrapassados determinados limites, o fenômeno do desvio é negativo para a existência e o desenvolvimento da estrutura social, seguindo-se um estado de desorganização, no qual todo o sistema de regras de conduta perde valor, enquanto um novo sistema ainda não se afirmou (esta é a situação de “anomia”). BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 59-60.

<sup>3</sup> As teorias das subculturas criminais se preocupam em identificar como a subcultura delinquencial se comunica com os jovens delinquentes. Tem como estudiosos Clifford Schaw, Frederic Trasher, Sutherland e outros.

contato com o indivíduo (ANDRADE, 1997, p. 201). Em relação ao princípio da legitimidade, o paradigma etiológico sofre críticas das teorias psicanalíticas da criminalidade e do Direito Penal, no sentido de que os instrumentos psicossociais da pena substituem as finalidades preventivas e éticas.

Andrade prossegue observando que o princípio da igualdade é questionado pelo *labelling approach* ou teoria do etiquetamento<sup>4</sup>, ao dispor que a criminalidade e o desvio não representam entidades ontológicas pré-constituídas, e sim uma característica conferida a determinados grupos de indivíduos em virtude de mecanismo de definição e seleção dos sujeitos. Assim, o *labelling approach* tem por objeto de estudo os crimes não perseguidos, os quais integram a cifra negra da criminalidade e os crimes de colarinho branco (ANDRADE, 1997, p. 201). Nesse sentido, a partir da escolha de grupos de indivíduos, alguns sujeitos terão maiores possibilidades de sofrer os efeitos negativos do etiquetamento de criminoso, colocando em xeque a igualdade.

---

<sup>4</sup> Sobre a teoria do *labelling approach*, etiquetamento ou rotulação, Zaffaroni pontua que: “cada um de nós se torna aquilo que os outros veem em nós e, de acordo com esta mecânica, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo”. Todo o aparato do sistema penal está preparado para essa rotulação e para o reforço desses papéis. A teoria da rotulação e, em geral, as contribuições do interacionismo e da fenomenologia apresentam a inquestionável vantagem de descrever detalhadamente “[...] o processo de produção e reprodução da delinquência.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 60.



O princípio do interesse social e a compreensão do delito natural são refutados pelas teorias do conflito, que se sedimenta no *labelling approach* e se ocupam de identificar as variáveis do mecanismo de definição nas relações de poder e nos grupos sociais, levando em consideração a estratificação do corpo social e a arena de interesses (ANDRADE, 1997, p. 202). No que toca ao princípio do fim e da prevenção, as correntes da sociologia criminal questionam a finalidade reeducativa da pena e a concepção de tratamento, indagações corroboradas pelas instituições totais, reforçadas pelos estudos quanto às sanções estigmatizantes (ANDRADE, 1997, p. 202).

A partir dos questionamentos acima, observa-se uma nova perspectiva criminológica em que o indivíduo que pratica o crime deixa de ser objeto de estudo e passa à condição de agente do processo delitivo. Para Hassemer (1984, p. 84) essa teoria tem por interesse central não mais os “controlados”, e sim os “controladores.”

Portanto, o *labelling approach* apresenta-se como um paradigma alternativo em relação ao paradigma etiológico. Tem como um dos pilares o interacionismo simbólico e a etnometodologia e adota como termos fundantes a “conduta desviada” e a “reação social”. Apregoa que o desvio e a criminalidade não se mostram como uma característica inerente ao comportamento humano nem como uma entidade ontológica organizada anteriormente à reação social e penal, porém uma etiqueta conferida a alguns indivíduos por meio da interação

social, com a operacionalização da seletividade, etiquetando e estigmatizando em mecanismos formais ou informais.

Para Becker, a criminalidade é fruto da interação entre a conduta e a reação social. O desvio não é uma característica do comportamento do sujeito e sim o resultado da interação entre o indivíduo que pratica a conduta criminosa e a reação dos indivíduos que integram o corpo social (BECKER, 1971 apud ANDRADE, 1995).

Hassemer (1984, p. 82) sustenta que a criminalização secundária decorre da criminalização primária e que o processo de criminalização seletiva operado pelo sistema penal faz parte de uma engrenagem de controle social globalizado, em face da conduta criminosa, assim sendo um subsistema acionado a partir das diretrizes de um sistema de controle e de seletividade. Portanto, o paradigma da reação social propõe movimentação e continuidade e desloca o foco de atenção quanto às causas da criminalidade para investigar as condições da criminalização.

O muro que afasta os dois modelos reside nas concepções ideológicas, no que concerne à compreensão sobre o desvio e sobre a criminalidade, como realidade ontológica, anterior à reação social e institucional, bem como a aceitação desprovida de críticas quanto às definições normativas. Teóricos do *labeling* reconhecem os efeitos estigmatizantes penais sobre a identidade social do sujeito que delinque. Essa mudança de identidade social, conforme Lemert e Schur apontam a dependência de causas da reincidência, os efeitos da primeira condenação sobre

a identidade social, coloca em dúvida a finalidade reeducativa da pena (BARATTA, 2002, p. 179).

Sobre a teoria do etiquetamento ou rotulação, Zaffaroni (2001, p. 60) sustenta que:

[...] cada um de nós se torna aquilo que os outros veem em nós e, de acordo com esta mecânica, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo. Todo o aparato do sistema penal está preparado para essa rotulação e para o reforço desses papéis.

Salienta-se que o pensamento da reação social surgiu em meio aos movimentos de reconhecimento de direitos civis e de lutas em prol dos ideais democráticos, dentre os quais destaca-se o movimento pela mudança paradigmática da justiça juvenil.

## **2 Paradigmas Socioeducativos**

No intuito de identificar os elementos ideológicos que conferiram suporte à organização da Justiça Penal Juvenil, buscando realizar uma aproximação com o pensamento criminológico, a seguir serão descritos os paradigmas da situação irregular e garantista.

### **2.1 Situação Irregular**

O paradigma da situação irregular inicia-se com a etapa tutelar em meados de 1920, nos Estados Unidos da América, sendo resultado do movimento dos reformadores, em resposta a uma demanda de indignação moral, em face do reconhecimento

dos maus tratos e outras mazelas presentes nas unidades de internação de menores autores de atos infracionais. A experiência norte-americana teve reflexo mundial, notadamente quanto à Administração da Justiça de Menores nos países da América Latina. O movimento dos reformadores surge na América Latina num momento histórico marcado por fortes conflitos sociais de ordem econômica, em face da submissão à ordem econômica internacional ao meio do pensamento hegemônico positivista (GARCIA MENDEZ; COSTA, 1994, p. 36).

Assim, em nome da dignidade moral, o discurso oficial apregoava o combate aos maus tratos e outras mazelas nos ambientes de internação, no contexto da ideologia de que cada patologia social mereceria um arranjo de reclusão, resultando na separação de menores e de adultos (PLATT, 1977, p. 46).

Ainda no âmbito internacional, um elemento histórico representativo na etapa tutelar foi a aprovação da Declaração de Genebra, de 1924, que reconheceu a necessidade de assegurar ao menor uma proteção especial, tendo influenciado para o surgimento da 1ª codificação brasileira dirigida a esse público.

No Brasil, em 1920, realizou-se o 1º Congresso Brasileiro de Proteção à Infância, afigurando-se como inserção embrionária da temática na agenda da proteção social (RIZZINI, 2009, p. 46). Nesse sentido, a proteção social, enquanto atendimento diferenciado, era caracterizada pela necessidade de controle da população pobre tida como perigosa e justificava uma higienização social, por meio de instituições totais, com atendimento

massificado, com vertente pedagógica para a profissionalização, ante a visão capitalista e a conseqüente exigência de força de trabalho (RIZZINI, 2009, p. 46).

Assim, a problemática a ser enfrentada pelo paradigma da situação irregular era o atendimento da população pobre, tida como perigosa e delinquente, na perspectiva de controle e de defesa social.

Destaca-se que os conceitos de periculosidade e da medida de segurança, pertinentes à esfera do Direito Penal, serviram de suporte ideológico na década de 20 para a estruturação da Justiça Juvenil. Portanto, esse sistema foi organizado com forte influência das ideias lombrosianas, período em que o termo menor era empregado para denotar criança pobre que deveria ser tutelada pelo Estado, em nome da ordem, da tranquilidade e da garantia do modelo capitalista em andamento (MALAGUTTI, 2003, p. 68). Ainda, na mesma perspectiva de Ferri, os delitos praticados pelos menores tinham origem num grupo de fatores que organizam a personalidade de uma minoria socialmente perigosa, antissocial, o que justificava a adoção de estratégias de defesa social.

Essa ideologia própria do paradigma etiológico foi inserida no Brasil, por meio do Código de Menores de 1927, consagrando a matriz paradigmática da situação irregular, sob a representação social do menor norteadada pela tríade pobre-perigoso-delinquente, vítima de uma patologia social. Menores, nesse contexto, causavam incômodos à sociedade, o que justificava um atendimento pautado na limpeza junto ao meio social e reclusão para tratamento.

Menores e doentes mentais eram encaminhados para se tratarem, com a motivação do melhor interesse, “para o seu próprio bem”, em reformatórios ou sanatórios que se assemelhavam aos cárceres (FRASSETO, 2010, p. 313).

Esse instrumento legal foi significativo para o atendimento à infância e à adolescência, enquanto codificação específica. Por outro lado, além da ideia de proteção aos “menores”, também expressava a ideia de defesa da sociedade, abarcando, nesse sentido, os princípios do pensamento etiológico, orientando-se pela concepção de higienização social, em busca da proteção do meio e do indivíduo, aliada à ideia jurídica repressiva e moralista. As decisões judiciais tinham por base a apreciação da índole boa ou má dos “menores”, princípio do bem e do mal, cabendo ao juiz e aos diretores das instituições o poder de definir os espaços e caminhos de intervenção na vida dos “menores”, autores de atos infracionais, na perspectiva de tratamento e de controle.

O Sistema de Justiça guiava-se pelo informalismo, em desrespeito às garantias processuais, eis que a ideologia prevalente orientava que somente a subtração de todas as formalidades legais ensejaria a proteção-repressão aos “menores delinquentes”. Esse Código registrava ambiguidades na medida em que era familiar, educativo, protetivo e assistencialista, como também castigava, na hipótese de violação às normas da ordem posta, prevendo intervenções para o tratamento em busca da cura para o “menor” delinquente (BOTELHO, 1993, p. 43). Garcia Mendez, citando Vasquez, sustenta que, nesse período a delinquência juvenil era

observada na perspectiva de defesa social, eis que, enquanto anormal, o “menor” era tido como potencial delinquente, cabendo tratá-lo com intervenções educativas e sociais (VASQUEZ apud GARCIA MENDEZ; COSTA, 1994, p. 27).

Portanto, a Justiça de Menores foi contemplada com a herança positivista, na medida em que considerava o caráter anormal ou patológico de “menores” delinquentes, equiparando-os aos doentes mentais, o que levou a um sistema de atendimento judicial de natureza medicinal. Buscava-se a cura e a adaptação ao sistema de classes dominantes. Para tanto, a normatização determinava que essa categoria deveria ser afastada do meio social, considerando que eram seres nocivos à sociedade, razão pela qual deveriam ser internados para seu próprio bem (FRASSETO, 2010, p. 313).

Tendo como ponto de partida o estado patológico, as intervenções fixadas pela lei não exigiam o devido processo legal, pois o que se buscava, repita-se, era a cura, não havendo necessidade de se respeitar as garantias jurídicas.

Ainda no plano normativo, chama-se a atenção para o relatório elaborado pelo instituto *Interamericano Del Derechos Humanos* sobre os sistemas penais, dentre eles, o sistema destinado aos “menores”, que apontava várias disfunções e ambivalências no campo do atendimento. Esse relatório indicava que os principais equívocos abandonados pelo sistema penal, por desprezarem os direitos humanos, foram abraçados pelo paradigma da situação irregular, especialmente no que tocava à responsabilidade do autor

do fato, as medidas pré-delituais, os critérios de periculosidade, bem assim os processos inquisitivos (FRASSETO, 2010, p. 310).

Verifica-se que a estrutura da Justiça Juvenil se organizou a partir dos princípios do paradigma etiológico. Nesse sentido, a periculosidade social era considerada como anormalidade e assim foi inserida no núcleo central desse sistema, justificando a função da medida socioeducativa como instrumento de defesa social e em consequência, lograr-se-ia a prevenção especial positiva por meio da recuperação do “menor”, baseada na ideia de tratamento. Dessa forma, na perspectiva do pensamento etiológico, o saber menorista se ocupou de apresentar um diagnóstico da patologia criminal e o respectivo remédio para a cura do “menor” delinquente.

No âmbito internacional, nas décadas de 40 e 50 tem início um processo vagaroso e incoerente de deslegitimação cultural das correntes biopsicoantropológicas que embasavam o direito dos “menores”, não resultando, contudo, em transformações significativas, porquanto manteve-se a indeterminação das sentenças, as ambiguidades entre “menores” infratores e abandonados, o movimento constante em busca da diminuição ou aumento da imputabilidade penal, as estratégias de segregação em nome da proteção. Porém, as características que marcaram a temática nesse período foi a sua internacionalização e a sociologização (GARCIA MENDEZ; COSTA, 1994, p. 30).

No âmbito brasileiro, em 1941 foi implantado o SAM (Serviço de Atendimento ao Menor), responsável pela regula-



mentação das ações e procedimentos junto às instituições para “menores”, na perspectiva da garantia da ordem social em detrimento da assistência social.

Visando a manutenção da ordem, em 26/12/45 foi editado o Decreto nº 8.462, que inseriu a Delegacia de Menores na organização das Delegacias de Polícia, ampliando o sistema de atendimento para “menores” infratores (RIZZINI, 2009, p. 55), o que sinaliza uma organização do sistema juvenil seguindo os padrões do sistema penal do adulto.

No âmbito do sistema nacional de integração, competia ao Serviço de Atendimento ao Menor (SAM) orientar a política pública para a infância. Assim, em face dessa missão, atrelado ao Ministério da Justiça e aos Juizados de Menores, cabia ao SAM prestar orientações e fiscalizar as instituições particulares, realizar investigação e proceder à avaliação médico-psicopedagógica, para fins de internação. Aos Juizados de Menores competia fiscalizar o atendimento disciplinar e educativo no âmbito das unidades de internação (BOTELHO, 1993, p. 61). Observa-se que as atribuições do SAM, por vezes, eram conflitantes, pois exercia funções de gestor da política pública e ao mesmo tempo realizava investigações e elaborava relatórios técnicos para subsidiar o magistrado quanto à decisão de internação.

As críticas ao modelo desenvolvido pelo SAM, notadamente quanto às unidades de internação tidas como verdadeiras escolas de criminosos, levaram à elaboração de projeto de lei e posteriormente à aprovação da Lei nº 4.513, de 1/11/1964, que

extinguiu o SAM e criou a FUNABEM (Fundação Nacional do Bem Estar do Menor), que tinha por linhas de ação estratégias integrativas. Contudo, as estratégias ganharam uma nova forma no ordenamento institucional em face do governo de repressão, revertendo, assim, os objetivos educativos e integrativos desse novo órgão, cedendo espaços para ações baseadas na limitação aos direitos fundamentais (RIZZINI, 2009, p. 63).

Em meados de 1975 foi criada uma Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados cujo objeto era a investigação sobre a temática criança e “menor” carente no Brasil, oportunidade em que se observou, pela delimitação do problema, o preconceito quanto à marginalidade, ao separar a criança do “menor”.

Os trabalhos dessa Comissão representaram espaço de denúncia, ao tempo em que, dentre outros pontos, concluíram que, se não fossem adotadas medidas de prevenção e de recuperação dos “menores” infratores, a vida em sociedade seria insuportável no âmbito dos grandes centros urbanos (RIZZINI, 2009, p. 64). Por outro lado, as discussões realizadas nessa comissão foram representativas para uma reflexão crítica da questão, na medida em que houve um reconhecimento oficial do estigma em relação às crianças e adolescentes no contexto do ato infracional e de outras vulnerabilidades sociais.

Assim, a questão do “menor” foi apreciada como uma estratégia política de controle das populações que se apresentava como uma forma moderna de intervenção do Estado, apesar dessa

estratégia ter surgido há séculos na Europa. Portanto, o desvio do “menor” passou a ser gerido no âmbito de estratégias de controle, pois buscava a disciplina dos indivíduos e tinha por objetivo a regulação da população (FOUCAULT, 1987, p. 291).

A estratégia repressiva assistencialista favoreceu a reformulação da normatização brasileira, dando ensejo ao novo Código de Menores de 1979<sup>5</sup>. Esse instrumento adotou expressamente o paradigma da situação irregular, segundo o qual os menores faziam *jus* a um atendimento adequado quando estivessem em situação de patologia social, tendo por suporte o pensamento etiológico (RIZZINI, 2009, p. 70).

O Código apontava como situação irregular as condições sociais reduzidas à ação dos genitores ou do próprio menor, colocando-o no papel de réu e não de vítima, mediante uma avaliação mais jurídica do que assistencial, cabendo ao juiz dizer o que era melhor para o menor (assistência, proteção ou vigilância). Na prática reafirmou os elementos normativos do atendimento dispensado pela FUNABEM. O Sistema de Justiça baseava-se na informalidade, não havendo preocupação com os direitos elementares do “menor” submetido a julgamento, a exemplo da ausência de previsão da defesa técnica.

Enfim, essa nova normatização não modificou o atendimento dispensado aos “menores” no Brasil. Pelo contrário, reafirmou o paradigma da situação irregular e o seu suporte no pensamento etiológico. Período em que se constatou que as unidades de

---

<sup>5</sup> Lei nº 6. 697, promulgada em 10 de outubro de 1979.

internação eram inadequadas, a higiene era precária, a alimentação não era apropriada, a educação era ínfima e havia exploração de trabalho de “menores” no interior das instituições<sup>6</sup>.

Na avaliação dos técnicos da FUNABEM, o modelo de internação do “menor” e de segurança indicava que as instituições eram fechadas, totais, privilegiando as relações entre o “menor” e a instituição, deixando-se de lado as relações com a sociedade. As edificações eram verdadeiras penitenciárias, eis que prestigiavam a segurança em detrimento da socialização ou ressocialização, assim indicando a orientação da ideologia de defesa social (RIZZINI, 2009, p. 72).

Essa avaliação reconheceu que o modelo de internação era dispendioso, ineficaz, injusto e, em virtude do estigma que marcava os “menores” a ele submetidos, havia dificuldades de inserção social, enfim, era um modelo incapaz de produzir um processo de reeducação (RIZZINI, 2009, p. 73).

Esse sistema nacional de atendimento FUNABEM e FEBEM’S não alterou o quadro de desigualdade social dos “menores” no Brasil, porém, a atuação institucional gerou um corpo técnico capaz de externar críticas para futuras mudanças.

## 2.2 Paradigma Garantista

Conforme salientado, a partir da instalação da FUNABEM e FEBEMs surgiram anomalias e subsequente crise no paradigma

---

<sup>6</sup> Relatório da Comissão Especial da Assembléia Legislativa da Guanabara, 1962.

da situação irregular, pois o modelo de atendimento não conseguiu resolver a problemática posta. No embalo das correntes da sociologia criminal, a função da medida socioeducativa é questionada, bem como a concepção de tratamento, com o apoio dos estudos sobre as instituições totais para adolescentes e sobre os efeitos estigmatizantes da segregação do adolescente autor de ato infracional<sup>7</sup>. Os questionamentos acerca do princípio da igualdade têm repercussão na seara da Justiça Juvenil, ante a distinção estabelecida pelo sistema entre a criança e o “menor”, este último representando o infante delinquente, pobre e, portanto, perigoso.

Destaca-se que uma das funções da Criminologia da Reação Social foi de apontar a desigualdade do sistema penal, incluindo-se o subsistema penal juvenil, que, não raras vezes, apresentam-se como verdadeiros depósitos de seres humanos pobres. Nesse sentido, essa criminologia e o paradigma garantista ocupam-se em tecer reflexões sobre práticas humanizadas ao indivíduo que delinque. De mesmo modo, o processo de seletividade fomentado pelo pensamento etiológico e pelo modelo da situação irregular é alvo de atenção pelo paradigma garantista, no sentido de apontar diretrizes para as políticas sociais básicas e supletivas, voltadas à inclusão social, numa perspectiva transformadora.

O princípio do bem e do mal também é mira de reflexão no âmbito do Sistema de Justiça Juvenil, sob a compreensão de

---

<sup>7</sup> Art. 103 da Lei nº 8.069/90: Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

que os fatores que levam ao desvio infracional do adolescente não se encontram na patologia individual ou social, visto que a criminalidade é um fenômeno normal, pois decorre da estrutura social.

Conforme salientado, os questionamentos acima levaram a uma nova perspectiva do pensamento criminológico, o paradigma da reação social, que surgiu em meio aos movimentos em prol da democracia, situando-se a marcha pela mudança de paradigma da Justiça Juvenil, que Kunh chamaria de crise (KUHN, 2006, p. 93).

Aparentemente, essa crise teve o seu apogeu na Assembleia Nacional Constituinte, cuja agenda desenhou uma série de reformas, mediante amplo debate com os variados atores públicos e sociais, focado na exigência da democratização do Estado com a garantia das liberdades fundamentais, em busca de uma transformação social. Nesse ambiente propício às mudanças, a temática infância e adolescência foi colocada em evidência por várias organizações, especialmente pelo Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, a Pastoral do Menor, entidades ligadas aos direitos humanos, as quais se uniram para apresentar emendas populares para a defesa dos direitos de crianças e adolescentes, movimento que estava em harmonia com as discussões internacionais que conferiram suporte para a aprovação das Regras Mínimas de Beijing, 1985, nas Diretrizes de Riad e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescentes, de 1989 (RIZZINI, 2009, p. 75).

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança surgiu a partir de ampla discussão pela comunidade internacional, cujo anteprojeto foi apresentado pela Polônia em 1978, que 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<sup>8</sup>.

Essa Convenção impôs avanços à normatização pertinente à criança e ao adolescente, num primeiro momento pela sua força normativa e num segundo momento por ter compilado todos os princípios elencados nos documentos internacionais anteriores, bem como pelo fato de reafirmar os direitos fundamentais, destacar a responsabilização dos pais ou responsáveis à garantia do desenvolvimento saudável e por apresentar os contornos da política de atendimento do adolescente em conflito com a lei e as respectivas garantias individuais, fixando estratégias alternativas ao encarceramento.

Sob a orientação desses documentos internacionais, o art. 227 da Constituição Federal dispõe um novo modelo de atendimento para a infanto-adolescência, baseado na proteção dos direitos elementares para um desenvolvimento saudável, restando assegurado o devido processo legal para os adolescentes autores de atos infracionais.

---

<sup>8</sup> Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/direitosdacrianca>, acesso em 22 de março de 2013.

Assim, ao novo paradigma, em fase embrionária, competia formatar um modelo, sob as perspectivas da democracia, da transformação social, do respeito às liberdades fundamentais, ou seja, seguindo o tripé da subjetividade jurídico-político-social desses seres em desenvolvimento.

A nova representação da criança e do adolescente, enquanto sujeitos de direitos e de obrigações, deu ensejo às reações contrárias durante as discussões parlamentares motivadas por resistência político-cultural que, oriundas de setores públicos e privados, claramente se identificavam com o paradigma da situação irregular, gerando as tradicionais institucionalização e criminalização da pobreza, isto é, expressando a ideologia da defesa social (GARCIA MENDEZ; COSTA, 1994, p. 4).

A força do movimento social pela infância e adolescência manteve-se após a promulgação da Constituição Federal, o que assegurou a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente e a consolidação no plano normativo do paradigma garantista, com realce para as características da separação das faixas etárias e das espécies de contextos de vulnerabilidades; da participação da criança e do adolescente em todas as demandas que lhes digam respeito e da responsabilidade penal do adolescente, mediante as garantias do devido processo legal (GARCIA MENDEZ; COSTA, 1994, p. 8).

Assim, a medida socioeducativa de internação e a de abrigo são admitidas como intervenções excepcionais pelo novo paradigma, fruto de reconhecimento dos efeitos deletérios



da reclusão no processo de desenvolvimento da criança e do adolescente em consonância com a ideologia da reação social. Sobre a questão, Baratta (2002, p.181-182) sustenta que a cada encaminhamento da criança e do adolescente aos espaços sociais de assistência e de controle social, eles adquirem maior probabilidade para serem selecionados para uma carreira criminosa na fase adulta. Essa espiral criminológica referida pelo autor se deve aos resultados das intervenções oficiais, eis que a condenação tem, ainda que indiretamente, uma função marginalizadora, prejudicial ao objetivo de reinserção social almejado pela legislação específica.

Da matriz principiológica desse paradigma chama-se a atenção para a corresponsabilidade, envolvendo família-sociedade-Estado, orientando que cada ente, no âmbito de suas responsabilidades, deve assegurar os direitos elementares, colocando crianças e adolescentes a salvo de qualquer contexto atentatório aos direitos fundamentais, num viés de complementaridade da atuação em prol de crianças e adolescentes, sinalizando a participação da família no processo de socioeducação do adolescente autor de ato infracional.

A sociedade, enquanto ente de sustentabilidade da democracia, expressa a sua atuação na proteção da criança e do adolescente nas esferas de construção, controle e de execução das políticas públicas, ocupando os territórios determinados pelo texto constitucional quanto à participação popular, tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente apresentado os contornos da política

de atendimento para a infanto-adolescência, evidenciados em linhas de ação e diretrizes. Essas linhas e diretrizes orientam a participação popular nas instâncias deliberativas e executoras e são o norte para os gestores públicos à implementação e execução das políticas sociais básicas e supletivas, pautadas em atendimento humanizado, inclusivo e emancipatório de crianças e adolescentes no contexto da responsabilização penal juvenil.

Outro princípio que merece destaque é o da prioridade absoluta, que orienta a prioridade das questões da criança e do adolescente à formulação de políticas públicas e à destinação privilegiada de recursos públicos. O reconhecimento da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento apresenta-se, de igual modo, como um dos pilares do novo paradigma e sinaliza mudança de atitudes de todos que lidam com a criança e o adolescente, eis que estes se encontram em condição especial de desenvolvimento, merecendo, assim, olhar diferenciado daquele dispensado ao adulto, em respeito à fase especial de suas vidas. Esse princípio ganha realce quando o contexto envolver adolescente em conflito com a lei, considerando que a socioeducação poderá ocorrer em meio fechado, naturalmente angustiante e de difícil adaptação para um adolescente.

Assim, os textos normativos contidos nos artigos 227 e 228 da Constituição Federal e no subsequente Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, reconhecem subjetividade nos patamares jurídico, político e social ao adolescente, em consonância com a Convenção Internacional dos Direitos da

Criança de 1989, e indicam uma nova visão de mundo no âmbito do atendimento de adolescentes que praticam atos infracionais (BELOFF, 1999, p. 34).

A normatização nacional dispensa tratamento distinto para a criança e para o adolescente autor de atos infracionais. Assim, a criança em conflito com a lei está sujeita às medidas de proteção, enquanto que os adolescentes estão sujeitos à responsabilização penal especial, via medida socioeducativa, como resposta ao ato infracional praticado, após regular processo, em que serão observadas todas as garantias processuais e direitos individuais, tais como, ampla defesa técnica, igualdade na relação processual.

As medidas socioeducativas em meio aberto e alternativas são apontadas pela norma como as prioritárias, ficando reservadas para os casos excepcionais as medidas constrictivas da liberdade de ir, vir e estar<sup>9</sup>.

Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente inaugurou um novo modelo de responsabilização penal do adolescente, promovendo ruptura substancial com o modelo desenhado no paradigma da situação irregular, demonstrando que é possível e adequado superar a visão pseudoprogressista e compassiva de um paternalismo ingênuo da etapa tutelar, bem como quanto à visão arcaica de um retribucionismo de mero caráter repressivo. O atual modelo é caracterizado pelas garantias individuais (GARCIA MENDEZ; COSTA, 2000).

---

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 8.069/90.

Diferente do informalismo preconizado nas codificações anteriores, o Estatuto preza a formalidade do processo de responsabilização, considerando, sobretudo, que ao final a autoridade judiciária poderá aplicar medidas restritivas da liberdade, como a de semiliberdade e a de internação em estabelecimento educacional adequado, contudo essa providência tem caráter excepcional.

No plano operacional, o paradigma garantista traz como uma das diretrizes a autonomização do adolescente. Nesse sentido, os projetos pedagógicos dos programas e unidades de atendimento deverão respeitar a individualidade do adolescente, enquanto sujeito de direitos, a diversidade étnico-racial e a de gênero, assegurando ao longo do processo de socioeducação a participação da família e da comunidade<sup>10</sup>.

Os padrões pedagógicos preconizam uma dinâmica institucional que assegure a horizontalidade das informações e dos saberes em equipe multiprofissional e que a diversidade étnico-racial, de gênero e de orientação sexual esteja presente nas práticas pedagógicas, garantindo ainda espaços de participação da família e da comunidade no decorrer da socioeducação do adolescente, com prevalência da ação socioeducativa sobre os aspectos meramente sancionatórios. Ainda, prevê, para cada programa e unidade, projeto pedagógico, como instrumento norteador das ações e de gestão do atendimento, com viés

---

<sup>10</sup> BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*. Brasília, DF: CONANDA, 2010. p. 47.

protagonista na construção, no monitoramento e na avaliação das ações socioeducativas<sup>11</sup>.

O SINASE dispõe sobre o Plano Individual de Atendimento (PIA), que se apresenta como importante ferramenta para as intervenções junto ao adolescente, considerando, especialmente, as necessidades sociopedagógicas individuais, na perspectiva de fixação de metas e compromissos pactuados a serem conquistados pelo adolescente e sua família no decorrer do processo de socioeducação. Assim, o PIA é um plano que envolve quatro sujeitos, o adolescente, a sua família, a comunidade e o Estado, alinhado ao princípio da corresponsabilidade.

No que toca aos padrões arquitetônicos, para as unidades de semiliberdade e de internação, o SINASE fixa regras em relação à estrutura física capaz de assegurar organização espacial e funcional das unidades adequada ao desenvolvimento pessoal e social do adolescente, figurando como um dos grandes desafios do SINASE a harmonia entre o projeto pedagógico institucional e a estrutura física das unidades, objetivando superar os modelos prisionais, com características de instituições totais, contemplados nas antigas codificações<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*. Brasília, DF: CONANDA, 2010.

<sup>12</sup> BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*. Brasília, DF: CONANDA, 2010. 67 p.

As estratégias políticas na seara da responsabilização criminal juvenil direcionam para a busca de uma política de transformação institucional e social, o que implica fomento de políticas sociais básicas e supletivas e, quanto ao desvio, o paradigma entrega a prevenção aos representantes da sociedade, via Conselhos Tutelares, que Baratta reconhecera como busca de máxima contração da responsabilização penal juvenil.

### **3 Conclusão**

Da pesquisa pode-se concluir que, no paradigma etiológico, o Direito Penal dispõe os interesses comuns da sociedade, em polos do bem e do mal. Não há questionamento sobre a organização do Direito Penal no sentido de como e por quais motivos são criminalizados determinados comportamentos e não outros, por que alguns interesses são tutelados pela norma e não outros, por que a criminalização atinge determinados grupos sociais e não outros. Enfim, os instrumentos normativos e as instituições penais deixam de ser questionadas, levando, nesse sentido, à legitimação do sistema posto.

A criminologia positivista, imbricada ao paradigma etiológico, fomentou e vem fomentando a representação da criminalidade e do indivíduo que delinque com a marca do preconceito e estigmas, em face do mecanismo de seletividade empreendido pelo sistema penal, voltado às baixas classes sociais.

A estrutura da Justiça Juvenil se organizou adotando como suporte os princípios do paradigma etiológico. Assim, a periculosidade social era tida como anormalidade e, nessa

condição, foi colada ao núcleo central desse sistema, justificando a medida socioeducativa como mecanismo de defesa social e a finalidade de prevenção especial positiva, baseada na ideia de tratamento. Nesse sentido, orientado pelo pensamento etiológico, o saber “menorista” se ocupou de apresentar um diagnóstico da patologia criminal e o respectivo remédio para a cura do “menor” delinquente.

Portanto, na esfera do paradigma da situação irregular, as questões afetas ao “menor” foram analisadas sob a ótica da estratégia política de controle das populações, na medida em que se baseava na disciplina dos indivíduos e tinha por objetivo a regulação dessa parcela da população.

Em síntese, sob a ótica da criminologia, o paradigma da situação irregular pode ser compreendido a partir dos seguintes elementos: a) desvio como patologia social; b) cura por meio da reclusão, internação; c) necessidade de controle da população pobre; d) concepção de periculosidade; e) sociedade é o bem e o “menor” o mal; f) medida socioeducativa como instrumento de defesa social; g) preconceito e estigmas ante a separação dos termos “menor” e criança; h) instituições totais e uso generalizado da internação do “menor”. Isso significa que esse modelo se aproxima do pensamento etiológico.

Em outra perspectiva, o *labelling approach* apresenta-se como um paradigma alternativo em relação ao paradigma etiológico. Dentre os seus pilares, chama-se a atenção para o interacionismo simbólico e a etnometodologia, com a adoção dos termos fundantes da “conduta desviada” e da “reação social”.

Apregoa que o desvio e a criminalidade não são elementos que se apresentam como características do comportamento humano, nem uma entidade ontológica organizada anteriormente à reação social e penal, mas uma etiqueta atribuída a grupos de indivíduos por meio da interação social, com a operacionalização da seletividade, com etiquetas e estigmas, por meio de engrenagens formais ou informais.

Percebe-se que a Criminologia da Reação Social, dentre outras funções, indicou a desigualdade do sistema penal, incluindo-se o subsistema penal juvenil. Quanto à seletividade difundida pelo pensamento etiológico e pelo modelo da situação irregular, os paradigmas da reação social e o garantista ocupam-se na reflexão de práticas humanizadas ao indivíduo que delinque, reconhecendo a importância das políticas sociais básicas e supletivas, dirigidas à inclusão social, numa perspectiva transformadora.

Os textos normativos contemporâneos que expressam o paradigma garantista reconhecem subjetividade jurídica, política e social ao adolescente, o que sinaliza um processo de alteração da representação social do adolescente e uma nova visão de mundo desse sujeito no contexto dos atos infracionais.

Assim, verifica-se que, sob a lente da criminologia, o paradigma garantista se aproxima da ideologia da reação social, sendo possível extrair os seguintes elementos que o caracterizam: a) refuta os mecanismos de definição e seleção dos sujeitos protagonistas dos atos infracionais; b) é marcado por movimentos em prol da democracia e do reconhecimento dos direitos civis; c) reconhece a desigualdade do sistema penal, incluindo-se o



subsistema penal juvenil; d) reflete sobre práticas humanizadas ao indivíduo que delinque; e) afasta as instituições totais com efeitos negativos para o desenvolvimento da criança e do adolescente; f) adota a excepcionalidade das medidas de constrição da liberdade; g) elege estratégia de política criminal alternativa por meio das políticas sociais, nas áreas da saúde, educação, lazer, profissionalização, etc.

Observa-se que os sistemas de justiça de jovens em conflito com a lei foram organizados a partir das mesmas ideologias que nortearam as variadas compreensões quanto ao crime praticado pelo adulto, o que pode ter colaborado para o não enfrentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente das ambiguidades e contradições entre a proteção, controle penal e direitos e garantias individuais. A conclusão deve-se ao fato desse instrumento normativo ter fixado dispositivos sobre medidas de proteção para atendimento da população infantojuvenil vulnerável e também cuidou da responsabilização penal juvenil e respectivo sistema processual, o que pode fomentar algumas confusões na área do atendimento pelo Sistema de Justiça.

Porém, admite-se que a essência garantista do Estatuto da Criança e do Adolescente, se por um lado traz a força normativa muita própria das democracias constitucionais, com pilares no reconhecimento e na efetividade dos direitos humanos, por outro fixa a imprescindível existência de instrumentos e instituições eficazes e eficientes para a realização desses direitos.

**Title:** Socio-Educational Paradigms: an Analysis from the Perspective of Criminology.

**Abstract:** The purpose of this research is to study social-educational paradigms targeted at adolescents in conflict with the law, adopting the perspective of the analysis of criminological thoughts, known as etiological and social reaction. Therefore, from the reviews of the literature and the document, it is possible to identify the elements that characterize these two ideological patterns. Next, a description of the paradigms of the irregular situation and the assuring, with emphasis in social-educational service, so that, then, are operating the comparison between the strands of criminological thoughts. At the end, we conclude that the juvenile justice system is a subsystem of the Penal Control System, whether it is guided by the paradigm of the irregular situation, whether it is by the assuring paradigm and, respectively, has the etiological thinking and social reaction as support.

**Keywords:** Social-educational paradigms. Etiological thought. Social reaction. Penal control.

## Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequência*, v. 16, n. 30, p. 24-36, jun. 1995. Disponível em: <[www.buscalegis.ccj.ufsc.br](http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br)>. Acesso em: 10 mar. 2013.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Tradução Kosowski. Rio de Janeiro: 1983.

ANITUA, Gabriel Inácio. *História dos pensamentos criminológicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1994.

BELOFF, Mary. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina. In: GARCÍA MENDEZ, Emilio; BELOFF, Mary (Org.). *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 act. Bogotá: Temis-Depalma, 1999.

BOTELHO, Rosana Ulhôa. *Uma história da proteção à infância no Brasil: da questão do menor aos direitos da criança e do adolescente (1920-1990)*. 1993. 161 f. Dissertação (Mestrado)-Universidade de Brasília, Brasília, 1993.

BRASIL. *Código de menores*. Lei Federal n.º 6.697/79. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 1984.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988). Constituição Federal do Brasil*. 17. ed. Brasília, DF: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Lei 8.069/90. Estatuto da criança e do adolescente*. 17. ed. Brasília: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.513, de 1 de novembro de 1964*. Brasília, DF: Senado Federal, 1984.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*. Brasília, DF: CONANDA, 2010.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 1999.

FOUCAULT, Michel. *História da violência nas prisões*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRASSETO, Flávio Américo. Execução da medida socioeducativa de internação: primeiras linhas de uma crítica garantista. In: BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Direitos Humanos et al. (Org.). *Direito penal juvenil x direito puro da criança e do adolescente*. Brasília, DF: SEDH, 2010. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/transparencia/index.php?item=iFrame&pagina=http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/promotorias-justica-menu/promotoria-de-justica-de-defesa-da-infancia-e-da-juventude-mainmenu-322/279-publicacoes/1018-artigos-monografias-e-pesquisas?tmpl=component>>. Acesso em: 29 jan. 2012.

GARCIA MENDEZ, Emílio; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994. 165 p.

\_\_\_\_\_. *Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latino americano*. Buenos Aires, 2000. Disponível em: <[www.justica21.org.br/interno.php?ativo=biblioteca](http://www.justica21.org.br/interno.php?ativo=biblioteca)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

GONZALEZ VIDAURRI, Alicia; SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto. *Criminologia*. 2. ed. Cidade do México: Porrúa, 2008.

GUANABARA. Assembléia Legislativa. *Internamento de menores*. Rio de Janeiro, 1962.

\_\_\_\_\_. *Relatório da Comissão Especial da Assembléia Legislativa da Guanabara*. Rio de Janeiro, 1962.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

MALAGUTTI, Vera. *Díficeis ganhos fáceis*. 2. ed. Rio de Janeiro: RENAVAM, 2003.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. 1989. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/doc\\_crianca.php](http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php)>. Acesso em: 29 jan. 2012.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. 1948. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/direitosdacrianca.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

PLATT, Anthony. *The child savers: the invention of delinquency*. Chicago: University of Chicago, 1977.

RIZZINI, Irene. *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Paris: Raisons d'Agir: 1999. 190 p. Disponível em: <[http://mijsgd.ds.iscte.pt/textos/Prisoos\\_da\\_Miseria\\_WACQUANT\\_Loic.pdf](http://mijsgd.ds.iscte.pt/textos/Prisoos_da_Miseria_WACQUANT_Loic.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2008.

---

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

SOUZA, Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de. Paradigmas socioeducativos: uma análise na perspectiva da criminologia. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 595-635, 2014. Anual.

---

**Submissão:** 22/4/2014

**Aceite:** 19/5/2014



---

# A Possibilidade de Adoção da Teoria da Cegueira Deliberada nos Crimes de Lavagem de Capitais

## Patrícia Philippi

Advogada. Pós-Graduada em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT).

**Resumo:** A edição da Lei 12.683/2012, que introduziu diversas modificações na Lei 9.613/1998, com a finalidade de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro, trouxe discussões fervorosas na doutrina sobre seus aspectos positivos e negativos. O foco de discussão do presente artigo se refere à caracterização do delito na hipótese de dolo eventual, especificamente na conduta descrita no inc. I, § 2º, do artigo 1º. Referida questão foi arduamente debatida no julgamento da AP 470, pelo Supremo Tribunal Federal, conhecida nacionalmente como “mensalão”. Apresenta-se também a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada e o seu uso pela jurisprudência brasileira.

**Palavras-chave:** Lavagem de dinheiro. Lei 12.683/2012. AP 470. Teoria da cegueira deliberada.

**Sumário:** Introdução. 1 Alterações Materiais na Lei 9.613/98 Provocadas pela Lei 12.683/12. 2 A Dogmática Referente ao Dolo Eventual. 2.1 O Dolo Eventual e a Lei de Lavagem de Dinheiro. 3 Breves Linhas acerca da Teoria da Cegueira Deliberada e a Jurisprudência Brasileira. 4 Terceira Velocidade do Direito Penal: a Expansão do Direito Penal na Seara do Direito Econômico. 5 O Erro de Tipo e o Erro de Proibição como Proposta de Exclusão da Tipicidade e Culpabilidade. 6 Conclusão. Referências.



## Introdução

A constatação de que certas espécies de ilícitos, quer em razão de sua pulverização no tecido social, quer em decorrência do respectivo *modus operandi*, não se exauriram com a simples prática da conduta vedada, gerando um proveito econômico que não só recompensava o autor do ilícito, como realimentava o sistema, tornou necessário o redimensionamento dos mecanismos tradicionais de coibição. O refinamento das organizações criminosas exigiu fosse instituída uma segunda ordem de ilícitos, cujo objetivo primordial seria impedir a utilização, mansa e pacífica, do capital auferido com a prática de condutas ilícitas.

Essa pequena, mas densa introdução apresentada por Emerson Garcia e Rogério Alves (2011, p. 296) nos faz refletir sobre a importância de um diploma que regulamente a punição de atos que têm como origem um fato ilícito e que, em suas palavras, realimentam o sistema, dando aparência de legalidade a situações oriundas da prática de condutas ilícitas.

A edição da Lei 9.613/1998 buscou coibir, segundo o item 77 da Exposição de Motivos<sup>1</sup>, a origem ilícita dos recursos vindos da prática de condutas vedadas e, portanto, os seus usufrutos, e apagar “[...] os vestígios que permitam às autoridades públicas descobrir essa origem”.

O rápido avanço nas formas de cometimento do referido crime justificaram a edição da Lei 12.683/2012, que como

---

<sup>1</sup> Disponíveis em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1/exposicao-de-motivos-da-lei-9.613>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

ressaltado pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, no Seminário Nacional: Inovações e Desafios da Nova Lei sobre Crimes de Lavagem de Dinheiro, ocorrido em março deste ano<sup>2</sup>, aperfeiçoou o combate ao crime de lavagem de dinheiro – aliás, escopo da própria modificação ao mencionar que a Lei 12.683/2012 altera a Lei 9.613/1998 para tornar mais eficiente a persecução penal nos delitos de lavagem de capitais<sup>3</sup>. Ademais, a citada inovação, nas palavras do Excelentíssimo Ministro, “[...] incorporou uma tipificação mais abrangente, fortalecendo a autonomia desse delito e a existência de um mero vínculo lógico formal com a infração penal precedente”.

Ele ressaltou ainda que a nova legislação ajustou-se ao caráter internacional dessa prática criminosa ao incluir a possibilidade de a infração penal antecedente ser também considerada, mesmo que não tenha sido cometida no Brasil<sup>4</sup>.

Uma das maiores e mais significativas alterações apresentadas pela Lei 12.683/2012 foi a supressão no art. 1º, § 2º, inc. I, da exigência de dolo direto. A doutrina já discute as consequências dessa modificação.

---

<sup>2</sup> Notícia do dia 11 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233142&tip=UN>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

<sup>3</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2013.

<sup>4</sup> Notícia do dia 11 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233142&tip=UN>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

Essa foi, inclusive, uma das questões debatidas no julgamento da Ação Penal 470, ou seja, se é necessário tenha o réu conhecimento da origem ilícita dos valores.

Claramente são três as situações apresentadas pelos Ministros da Suprema Corte<sup>5</sup>. A primeira se refere ao dolo direto, ou seja, quando o acusado conhece a origem ilícita do dinheiro e age com a intenção de ocultá-lo. Nesse caso, não há dúvidas sobre a possibilidade de condenação. A segunda situação envolve a forma culposa, chamada de lavagem culposa, quando o acusado não sabe que os valores recebidos têm origem ilícita. Com relação à forma culposa é pacífico o entendimento no sentido da atipicidade do fato. Por fim, a última situação engloba a lavagem de dinheiro com dolo eventual, motivo de acalorados debates entre os Ministros.

Especificamente sobre a possibilidade da admissão de dolo eventual na lei de lavagem, o Ministro Celso de Mello apresentou a teoria da cegueira deliberada, com a qual reiterou que seu uso deve ser feito com cautela<sup>6</sup>.

Claro é que devemos buscar um equilíbrio entre as posições adotadas, não sendo rigorosos a ponto de não ver cumprida a função da coibição dos crimes de lavagem de dinheiro, qual

---

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www.amp.org.br/institucional/mostrar-noticias/descricao/Not%C3%ADcias/pagina/16/noticia/6861>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

<sup>6</sup> Notícia do dia 17 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=221405>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

seja, punir qualquer vantagem oriunda de uma infração penal antecedente.

## **1 Alterações Materiais<sup>7</sup> na Lei 9.613/98 Provocadas pela Lei 12.683/12**

Uma das principais modificações introduzidas pela Lei 12.683/2012 foi o fim do rol exaustivo previsto no artigo 1º e seus incisos, da Lei 9.613/1998. Anteriormente, para existir tipicidade formal – entendida como a mera adequação do fato à lei penal – era necessário existir subsunção com os crimes descritos nesse rol taxativo anteriormente mencionado.

Quando da edição da Lei 9.613/1998 alguns tipos penais foram excluídos do rol de crimes antecedentes. Para o STJ, no julgamento do HC 54.850/MG, essa supressão foi proposital:

[...] por exemplo, no caso da receptação, o legislador fez questão de ressaltar, na Exposição de Motivos da Lei de ‘Lavagem’, que havia desinteresse na massificação desse delito por conectar-se com uma infinidade de outros crimes, tal como o furto de pequeno valor<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Não serão mencionadas neste trabalho as alterações processuais advindas da Lei 12.683/12.

<sup>8</sup> DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. FRAUDE A EXECUÇÃO. QUADRILHA OU BANDO. SONEGAÇÃO FISCAL. (1) TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PENDÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. EXISTÊNCIA DE PARCELAMENTO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. CONSTRANGIMENTO. NÃO APURAÇÃO. (2) TIPO PENAL DE LAVAGEM DE DINHEIRO. DELITO PRECEDENTE. (A) SONEGAÇÃO FISCAL. ROL TAXATIVO. CONSTRANGIMENTO. RECONHECIMENTO. (B) ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NATUREZA JURÍDICA.

Modificado pela Lei 12.683/2012, o artigo 1º da Lei 9.613/1998 passou a prever como crime de lavagem de dinheiro a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal<sup>9</sup>. A redação atribuída pela nova lei fala em infração penal, como gênero; já a Lei 9.613/1998, em sua redação original, falava apenas em crime.

Nesse ponto é importante destacar que estamos diante de

---

#### CONTROVÉRSIA. MELHOR EXAME: VIA ORDINÁRIA.

1. O trancamento de ação penal é medida excepcional, que depende, na estreita via do writ, de prova preconstituída do constrangimento ilegal. In casu, as alegações de que seria atípica a irrogada conduta de sonegação fiscal, em razão da pendência de recurso administrativo/existência de parcelamento do débito não colhem dada a deficiência na instrução.
  2. O crime de lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de crime antecedente, o qual deverá encontrar-se listado no rol taxativo do art. 1.º da Lei 9.613/98. Não se encontra em tal catálogo o crime de sonegação fiscal - inteligência autorizada pelo teor a Exposição de Motivos da legislação de regência. Já no tocante à referência a atuação de organização criminosa, inciso VII do art. 1.º da Lei 9.613/98, é inviável na angusta via do writ, perquirir acerca de tema tão controvertido.
  3. Ordem em parte concedida apenas para afastar da imputação constante da denúncia a referência ao inciso V do art. 1.º da Lei 9.613/98. (HC 54.850/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009).
- <sup>9</sup> O artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, Decreto-lei 3.914 de 9 de dezembro de 1941, nos dá um gênero infração penal que tem como espécie crime e contravenção penal: considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

*novatio legis* incriminadora (neocriminalização): criou-se um novo crime, razão pela qual somente pode ser aplicado após a sua entrada em vigor, como corolário do princípio da anterioridade da lei penal.

Outra modificação se refere à conduta equiparada prevista no § 2º, inc. I, do art. 1º, da Lei 9.613/1998. Operou-se a supressão da expressão “que sabe serem provenientes”<sup>10</sup>. Sustenta-se que esse artigo, agora modificado, admitiria também a figura do dolo eventual. Especificamente nesse tema e nessa alteração defendemos a possibilidade da adoção da teoria da cegueira deliberada.

Por último, a Lei 12.683/2012 corrigiu e substituiu de maneira técnica a antiga expressão “habitual” por “reiterada”, prevista na redação do artigo 1º, § 4º, da Lei 9.613/1998.

## **2 A Dogmática Referente ao Dolo Eventual**

Antes de entrarmos na discussão apresentada no julgamento da Ação Penal (AP) 470 vamos delimitar o que se entende por dolo eventual nos termos da mais alta doutrina penal.

Nos dizeres de Francisco Muñoz Conde (1989, p. 63, 205):

En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual realización. El sujeto no quiere el resultado, pero ‘cuenta con él’, ‘admite su producción’, ‘acepta

---

<sup>10</sup> Artigo 1º, parágrafo 2º, inciso I, da Lei 9.613/98 (não modificada): “Incorre, ainda, na mesma pena quem: utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo”.

el riesgo’, etc. Con todas estas expresiones se pretende describir un complejo proceso psicológico en el que se entremezclan elementos intelectuales y volitivos, conscientes o inconscientes, de difícil reducción a un concepto unitario de dolo o culpa. El dolo eventual constituye, por lo tanto, la frontera entre el dolo y la imprudencia o culpa y dado el diverso tratamiento jurídico de una y otra categoría es necesario distinguirlas con la mayor claridad.

Em suma, no dolo eventual: “El autor se representa la producción del resultado típico como probable y acepta su producción”.

No entendimento de Hans Welzel (2003, p. 122), criador do finalismo penal:

Há que ter sempre presente, que pode existir *dolus eventualis* somente quando o autor foi realmente consciente das consequências possíveis. Se nelas não pensou em absoluto, havendo podido conhecê-las, atua somente (inconscientemente) *culposamente*, mas nunca com *dolus eventualis*.

Nesse ponto devemos observar que o dolo e a culpa no finalismo penal foram transferidos da culpabilidade para o fato típico, precisamente no elemento conduta. Logo, sua análise deve ser feita com base no homem médio, pois a conduta é elemento do fato típico. Na análise do fato típico e na ilicitude levamos em consideração a figura do homem médio.

Já afirmava Claus Roxin (2001, p. 424) em sua obra *Direito Penal* que a questão de como se determinar e delimitar o dolo eventual frente à imprudência (culpa consciente) não é só importante para a prática, mas constitui também uma das questões

mais difíceis e discutidas em Direito Penal. Ele se refere ao caso da cinta de couro<sup>11</sup> que aqueceu a discussão no pós-guerra.

Puppe mencionando quando do estudo do dolo eventual o caso da cinta de couro esclarece que:

Mais de um século depois, o BGH, no famoso caso da cinta de couro, no qual os autores não só não almejaram, nem aprovaram, nem desejaram o resultado, nem eram indiferentes a seu respeito, mas tinham manifestado uma vontade de evitá-lo, afirma o dolo com as palavras de Mittermeier: *'Pode existir dolo eventual mesmo quando a ocorrência do resultado é algo indesejável pelo autor*. Em sentido jurídico ele aprova o resultado quando age para atingir sua finalidade última, sabendo que *não poderá alcançar seu objetivo de outra maneira*, aceitando que sua ação provoque o resultado em si indesejado, de maneira que o autor *o quer, na eventualidade de que ele ocorra*'. (PUPPE, 2004, p. 30, grifo nosso).

Ademais, especificamente com relação aos crimes tipificados pela legislação referente a lavagem de capitais, Pierpaolo Cruz Bottini (2013) entende não ser qualquer suspeita suficiente para

---

<sup>11</sup> K y J querían robar a M. Decidieron estrangularlo con una correa de cuero hasta que perdiera el conocimiento y sustraerle entonces sus pertenencias. Como se percataron de que el estrangulamiento podría conducir en determinadas circunstancias a la muerte de M, que preferían evitar, resolvieron golpearle con un saco de arena en la cabeza y hacerle perder la consciencia de ese modo. Durante la ejecución del hecho reventó el saco de arena y se produjo una pelea con M. Entonces K y J recurrieron a la correa de cuero que habían llevado por si acaso. Hicieron un lazo en torno al cuello de M e tiraron de ambos extremos hasta que aquél dejó de moverse. Acto seguido se apoderaron de las pertenencias de M. A continuación les surgieron dudas si M estaría aún vivo y realizaron intentos de reanimación, que resultaron inútiles. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 2001, p. 424. *Tomo I*.



caracterizar o dolo eventual, ou seja, a mera imprudência não seria suficiente para caracterizar mencionado elemento subjetivo. É preciso que o agente atue com “consciência concreta do contexto”. Referido autor utiliza-se dos claros ensinamentos de Roxin para sustentar tal afirmação:

Como ensina Roxin, não basta uma *consciência potencial, marginal, ou um sentimento*. É preciso mais: é necessária uma percepção clara das circunstâncias, uma compreensão consciente dos elementos objetivos que justifiquem a dúvida sobre a licitude dos bens. Deve-se averiguar se o agente percebeu o *perigo* de agir, e se assumiu o risco de contribuir para um ato de lavagem. A mera imprudência ou desídia não é suficiente para o *dolo eventual*. (ROXIN apud BOTTINI, 2013, grifo do autor).

Por fim, não devemos confundir o dolo eventual com a culpa consciente. A lei em abstrato não faz diferença nenhuma, entretanto, pode o juiz no caso concreto aplicar penas distintas. O dolo eventual e a culpa consciente possuem em comum a previsão. De um lado na culpa consciente o agente prevê o resultado, mas não o aceita. Já no dolo eventual o agente, além de prever o resultado, aceita-o.

Delimitando especificamente a linha tênue entre dolo eventual e culpa consciente nos delitos referentes à lei de lavagem de capitais, Renato Brasileiro nos indica que:

De se ver, nesse contexto, o grau de dificuldade quanto à comprovação do elemento subjetivo da lavagem de capitais, sobretudo devido à existência de uma linha muito tênue a distinguir o dolo eventual da culpa consciente. É bem verdade que, no âmbito material, [...], a distinção se dá pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado. No

entanto, questiona-se: como conciliar a comprovação desse dolo eventual, sem violação ao princípio da presunção de inocência e sem que se incorra em verdadeira responsabilidade penal objetiva? (LIMA, 2010, p. 657).

## 2.1 O Dolo Eventual e a Lei de Lavagem de Dinheiro

O julgamento pelo STF da AP 470 trouxe a discussão sobre a possibilidade do dolo eventual no cometimento de crimes de lavagem de capitais.

Como já afirmado, claramente são três as situações apresentadas pelos Ministros da Suprema Corte<sup>12</sup>. E, com o fim do julgamento envolvendo a AP 470, o Excelso Pretório deixou em aberto a possibilidade de condenação na hipótese de dolo eventual.<sup>13</sup>

Com relação à admissão ou não do dolo eventual nos crimes previstos na Lei 9.613/1998, José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 613) se posiciona pelo cabimento do dolo eventual “[...] como consignado na exposição de motivos, o que, de resto, pode ser inferido pela substituição da expressão sabendo serem oriundos, constante do projeto originário, por provenientes constante do *caput* do art. 1º”. Como não houve modificação na edição da Lei 12.683/2012 ao termo “provenientes”, previsto no *caput* do art.

---

<sup>12</sup> Disponível em: < <http://www.ammp.org.br/institucional/mostrar-noticias/descricao/Not%C3%ADcias/pagina/16/noticia/6861>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

<sup>13</sup> Disponível em: < <http://www.ammp.org.br/institucional/mostrar-noticias/descricao/Not%C3%ADcias/pagina/14/noticia/6923>>. Acesso em 19 jun. 2013.

1º, concordamos com esse entendimento.

O problema surge na análise do § 2º, inc. I, do art. 1º, da Lei 9.613/1998, modificado pela Lei 12.683/2012. Da leitura da redação antiga tínhamos um forte indicativo de que especificamente a essa hipótese exigir-se-ia o dolo direto, e, portanto, não caberia o dolo eventual, pela própria redação que dizia: “Incorre ainda na mesma pena quem: utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que *sabe serem provenientes* de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo”.

Com a exclusão na nova redação do termo “sabe serem provenientes” devemos questionar: o legislador optou pela previsão também do dolo eventual? Se a resposta for positiva, cuida-se de presunção de dolo eventual?

Há divergência doutrinária acerca do tema. Rodrigo Sánchez Rios (2012, p. 4) sustenta a admissão do dolo eventual:

Adstritos ao campo da dogmática jurídico-penal, a reforma do art. 1.º, § 2.º, I, admite, ao lado do dolo direto, a modalidade do dolo eventual como elemento subjetivo do tipo. Desse modo, incidirá na figura típica quem utilizar na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe ou deveria saber serem provenientes de infração penal. Não obstante esta inovação possa ser auspiciada por alguns estudiosos da matéria, quer nos parecer que as dificuldades de distinção entre condutas especialmente aptas e condutas neutras continuarão existindo, sobretudo quando, numa perspectiva social, seja necessário esclarecer se um sujeito realizou o juízo de atribuição em que se fundamenta o dolo do resultado, ou se, diversamente, se possa conferir verossimilhança a sua alegação de não haver realizado dito juízo. Parece óbvio que a doutrina e a jurisprudência têm um árduo caminho a percorrer.

A corrente doutrinária que admite a utilização do dolo eventual para caracterização do delito de lavagem de capitais, acolhendo para tanto a mera suspeita da origem ilícita dos bens, também o faz com fundamento na Convenção de Varsóvia (2005) a qual:

[...] indica que os Estados membros da Comunidade Europeia podem tomar medidas para entender como crime os casos de lavagem em que o agente *suspeitava da origem ilícita dos bens* ou deveria conhecer a origem ilícita dos bens, indicando a possibilidade da prática do crime a título de dolo eventual ou mesmo de imprudência (artigo 9, 3) (BOTTINI, 2013).

Por outro lado, Celso Sanchez Vilardi (2012, p. 18) defende que a modificação da Lei 9.613/1998 não alterou o sentido da redação anterior:

Ao alterar o tipo previsto no inciso I do § 2.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998, a nova lei excluiu a expressão “que sabe serem provenientes”, passando a tipificar a utilização de bem, direito ou valor proveniente de infração, independentemente da ciência da origem criminosa. A modificação, no entanto, não alterou o sentido da redação anterior. Sendo a lavagem de dinheiro um processo a que o agente adere dolosamente, só se pode cogitar de utilização de bem, direito ou valor, se ele souber da origem criminosa, da aparência de licitude e, ainda assim, decidir utilizá-lo. A menção expressa à ciência da infração anterior, consagrada no antigo tipo penal, era supérflua, tendo em vista que o conhecimento da infração anterior integra o dolo típico do delito de lavagem de dinheiro.

Em outras palavras, a linha doutrinária que sustenta ser o conhecimento da origem ilícita dos bens o elemento subjetivo do

tipo, entendido como o dolo direto na atuação do agente, exige a ciência completa da origem delitiva dos bens. Nesse sentido,

[...] a Convenção de Viena (artigo 3, 1, b), de Palermo (artigo 6, 1) e a Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (26/10/2005) (artigo 1, 2, a e b) indicam que apenas quem *tem conhecimento* da proveniência dos bens pratica *lavagem de dinheiro* (BOTTINI, 2013, grifo do autor).

José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 613) recorda que há nos Estados Unidos construção doutrinária sobre a cegueira deliberada (*wilfull blindness*). Essa teoria se aplicaria para os casos “[...] em que o acusado pretende não ver os fatos que ocorreram. Exige-se prova de que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que os valores eram objeto de crime e que isso lhe seja indiferente”.

Ressalte-se, entretanto, que no julgamento da AP 470 prevaleceu a admissão do dolo eventual em todas as formas de lavagem de dinheiro (BOTTINI, 2013). Daí a importância de delimitarmos a aplicação do referido elemento subjetivo para caracterização do delito de lavagem de capitais.

Como bem colocado por Renato Brasileiro (2010, p. 657):

Restará configurado, portanto, o dolo eventual, quando estiver comprovado que o agente tenha deliberado pela escolha de permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando tinha essa possibilidade, ou seja, conquanto tivesse condições de aprofundar seu conhecimento quanto à origem dos bens, direitos ou valores, preferiu permanecer alheio a esse conhecimento.

Analizamos no próximo ponto a teoria da cegueira deliberada e a possibilidade de sua aplicação no direito pátrio.

### 3 Breves Linhas acerca da Teoria da Cegueira Deliberada e a Jurisprudência Brasileira

A teoria da cegueira deliberada tem origem na Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso conhecido como *In re Aimster Copyright Litigation*<sup>14</sup>. Na ocasião, entendeu-se por *willful blindness* como “[...] a situação em que o agente, sabendo ou suspeitando fortemente que ele está envolvido em negócios escusos ou ilícitos, toma medidas para se certificar que ele não vai adquirir o pleno conhecimento ou a exata natureza das transações realizadas para um intuito criminoso” (CABETTE, 2013).

---

<sup>14</sup> We also reject Aimster’s argument that because the Court said in Sony that mere “constructive knowledge” of infringing uses is not enough for contributory infringement, 464 U.S. at 439, 104 S.Ct. 774, and the encryption feature of Aimster’s service prevented Deep from knowing what songs were being copied by the users of his system, he lacked the knowledge of infringing uses that liability for contributory infringement requires. *Willful blindness is knowledge*, in copyright law (where indeed it may be enough that the defendant should have known of the direct infringement, *Casella v. Morris*, 820 F.2d 362, 365 (11th Cir.1987); 2 Goldstein, *supra*, § 6.1, p. 6:6), as it is in the law generally. See, e.g., *Louis Vuitton S.A. v. Lee*, 875 F.2d 584, 590 (7th Cir.1989) (contributory trademark infringement). *One who, knowing or strongly suspecting that he is involved in shady dealings, takes steps to make sure that he does not acquire full or exact knowledge of the nature and extent of those dealings is held to have a criminal intent (...)*. Disponível em <<http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/inreaimster%289c6-30-03%29.htm>>. Acesso em 18 jun. 2013.

Em linhas gerais, no entendimento sucinto do Ministro Celso de Mello, proferido na ocasião do julgamento da AP 470<sup>15</sup>, temos na teoria da cegueira deliberada a situação “[...] em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida”.

---

<sup>15</sup> O Min. Celso de Mello, por sua vez, acentuou que o processo penal só poderia ser concebido como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. Enfatizou, assim, que a exigência de comprovação dos elementos que dariam suporte à acusação penal recairia por inteiro sobre o órgão ministerial. Apontou que os membros do poder, quando atuassem em transgressão às exigências éticas que deveriam pautar e condicionar a atividade política, ofenderiam o princípio da moralidade, que traduziria valor constitucional de observância necessária na esfera institucional de qualquer dos Poderes da República. A seu turno, não acolheu a pretensão punitiva do Estado, no que se refere ao inciso VII do art. 1º da Lei 9.613/98. Repeleu a aplicação da Convenção de Palermo quanto ao estabelecimento de diretrizes conceituais sobre criminalidade organizada. Reputou prevalecer sempre, em matéria penal, o postulado da reserva constitucional absoluta de lei em sentido formal. Pronunciou não ser possível invocar-se, para efeito de incriminação, norma consubstanciada em pactos ou em convenções internacionais, ainda que formalmente incorporados ao plano do direito positivo interno. No tocante ao crime de lavagem de dinheiro, observou possível sua configuração mediante dolo eventual, notadamente no que pertine ao caput do art. 1º da referida norma, e cujo reconhecimento apoiar-se-ia no denominado critério da teoria da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida. Mencionou jurisprudência no sentido de que o crime de lavagem de dinheiro consumir-se-ia com a prática de quaisquer das condutas típicas descritas ao longo do art. 1º, caput, da lei de regência, sendo, pois, desnecessário que o agente procedesse à conversão dos ativos ilícitos em lícitos. Bastaria mera ocultação, simulação do dinheiro oriundo do crime anterior sem a necessidade de se recorrer aos requintes de sofisticada engenharia financeira. AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 27, 29 e 30.8.2012. (AP-470). Informativo 677, STF.

Após as mudanças trazidas pela Lei 12.683/2012, inexistiu manifestação das Cortes superiores acerca da possibilidade de aplicação dessa teoria.

Entretanto, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região analisou a teoria da cegueira deliberada no famoso caso envolvendo o furto de aproximadamente R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais) dos cofres do Banco Central do Brasil em Fortaleza.

Houve em primeira instância a condenação dos donos de uma concessionária pela transição de onze automóveis adquiridos e pagos em espécie. O juiz entendeu na ocasião que:

- a) no que diz respeito ao dolo eventual, ou seja, quando o agente, apesar de não desejar o resultado do crime, assume o risco de sua produção, caracterizável quando o agente é indiferente quanto à procedência criminosa do objeto da lavagem, assumindo o risco de ocultar ou dissimular a sua origem ou natureza [...].
- b) questão que se coloca é se há aqui uma lacuna legislativa colmatável no mesmo sentido dos incisos I e II do § 2.º, restringindo o crime de lavagem ao dolo direto, ou se trata-se de deliberada omissão do legislador, ou seja, de silêncio eloquente a fim de permitir a incidência da lei no caso de dolo eventual. Admitindo o dolo eventual, o crime de lavagem do art. 1.º restaria configurado ainda que o agente não tivesse o conhecimento pleno da origem ou natureza criminosa dos bens, direitos ou valores envolvidos, bastando que tivesse conhecimento da probabilidade desse fato, agindo de forma indiferente quanto à ocorrência do resultado delitivo [...].
- c) A lei norte-americana não é explícita quanto à admissão ou não do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro. Não obstante, por construção jurisprudencial, tal figura vem sendo admitida nos tribunais norte-americanos através da assim denominada *willful blindness* ou *conscious avoidance doctrine*,



literalmente a doutrina da “cegueira deliberada” e de “evitar a consciência”. As instruções dirigidas ao júri em casos da espécie são ilustrativamente denominadas de ostrich instructions, literamente “as instruções da avestruz” [...]

d) A willful blindness doctrine tem sido aceita pelas Cortes norte-americanas, quando há prova de: a) que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime; e b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento [...]

e) Tais construções, em uma ou outra forma, assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Por isso e considerando a previsão genérica do art. 18, I, do CP, e a falta de disposição legal específica na lei de lavagem contra a admissão do dolo eventual, podem elas ser trazidas para a nossa prática jurídica.

Contudo, em sede recursal o TRF da 5ª Região<sup>16</sup> entendeu

---

<sup>16</sup> Penal e processual penal. Furto qualificado à caixa-forte do banco central em Fortaleza. Imputação de crimes conexos de formação de quadrilha, falsa identidade, uso de documento falso, lavagem de dinheiro e de posse de arma de uso proibido ou restrito. Sentença condenatória. Preliminares: juntada de novas razões recursais. Impossibilidade. Preclusão consumativa. Cerceamento de defesa. Omissão da sentença quanto à apreciação de todas as teses da defesa. Livre convencimento. Alegação de nulidade por falta de correlação entre a acusação (de lavagem de dinheiro) e a sentença condenatória. Hipótese de emendatio libelli. Inexistência. Mérito: autoria e materialidade. Parcial procedência da denúncia. Crime contra a administração na prática de furto contra a autarquia. Não configuração. Sendo o crime praticado por organização criminosa, devidamente configurada, reconhece-se o delito antecedente do crime de branqueamento de valores. Teoria da cegueira deliberada (willful blindness). Inexistência da prova de dolo eventual por parte de empresários que efetuam a venda de veículos antes da descoberta do furto. Absolvição em relação ao crime de lavagem de dinheiro. Não constitui crime o mero porte de documento de terceiro, mormente quando parente próximo. Absolvição pelo crime de falsa identidade. A ampliar a margem de erro, resolve-se da imputação de formação de quadrilha o acusado de quem não se demonstrou a relação estável com os integrantes do bando. Fixação das penas: circunstâncias do artigo 59

não se aplicar a teoria da cegueira deliberada, pois segundo o voto do Desembargador Rogério Fialho Moreira:

[...] não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por eles recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.º 9.613/98. O inciso II do parágrafo 2.º do art. 1.º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do parágrafo 2.º.

Devemos apenas atentar para o fato de que esse acórdão se refere a fato ocorrido antes da edição da Lei 12.683/2012. Como exposto anteriormente, a Lei 9.613/1998 exigia expressamente no § 2º, inc. I, do art. 1º a atuação com dolo direto, utilizando para tanto a expressão “sabe serem provenientes”. Não por outra razão o desembargador no caso envolvendo o Banco Central do Brasil com sede em Fortaleza absolveu os acusados em relação ao crime de lavagem de dinheiro. Entretanto, após a edição da referida lei sustentamos que poderia haver condenação, por dolo direto ou eventual, com aplicação do inciso I, do § 2º, do artigo 1º.

Por fim, é importante destacarmos o voto da Ministra Rosa Weber no julgamento da AP 470, no qual enfatiza a adoção de critérios para aplicação da referida teoria:

---

do Código Penal. Exacerbação excessiva da pena-base. Redução. Atenuante da confissão espontânea. Não incidência. Afastamento da circunstância especial de aumento em relação ao delito de lavagem. Inexistência de prova quanto à habitualidade das condutas. Reforma parcial da sentença. (...) Processo: 200581000145860, ACR5520/CE, relator: desembargador federal Rogério Fialho Moreira, Segunda Turma, JULGAMENTO: 9/9/2008, PUBLICAÇÃO: DJ 22/10/2008 - página 207).

i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que bens, direitos ou valores provenham de crimes; ii) o atuar de forma indiferente a esse conhecimento; iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa (folha 1.273 do acórdão) (BOTTINI, 2013).

#### **4 Terceira Velocidade do Direito Penal: a Expansão do Direito Penal na Seara do Direito Econômico**

No contexto do Direito Processual Penal, diante da ocorrência de um provável ilícito penal, para que o Estado possa satisfazer a sua pretensão punitiva ele precisa antes obter do Poder Judiciário o reconhecimento do seu direito de punir (*ius puniendi*); e vai fazer isso por meio de uma ação penal. Trata-se de uma forma de limitar a atividade do Estado, pois esse deve ir ao Judiciário e obter uma sentença condenatória. Ou seja, a essa pretensão punitiva do Estado se contrapõe o direito do réu de não ser punido (*status libertatis*). Não por outra razão menciona-se que se trata a prisão de medida excepcional.

Nesse contexto, surge uma teoria encampada pelo catedrático Jesús Maria Silva Sánchez denominada velocidades do Direito Penal, que observa a relação entre o direito de punir do Estado e as garantias asseguradas ao agente. De forma ampla, sem esgotar o assunto, vamos apontar as três velocidades do Direito Penal.

A primeira velocidade diz respeito à pena privativa de liberdade sem mitigação de garantias. Surge no contexto do Direito Penal no Estado Liberal, em que a pena privativa de

liberdade foi erigida como pena principal, como uma forma de humanizar o Direito Penal, vez que as penas do regime anterior eram atroz. Essa pena privativa que foi defendida como pena principal na obra de Beccaria, com o princípio da legalidade, ocorreu dentro de um processo e procedimento de garantia, sem relativização de garantias, ou seja, com o devido processo, com ampla defesa. Temos na primeira velocidade então uma ampla possibilidade de defesa.

A segunda velocidade do Direito Penal, por sua vez, é representada pelas penas restritivas de direito com mitigação de garantias. Podemos falar em flexibilização dos direitos e garantias fundamentais, mas não há se falar em pena privativa de liberdade.

Com relação à terceira velocidade do Direito Penal temos a possibilidade de decretação da pena privativa com mitigação das garantias fundamentais.

Delimitando especificamente a terceira velocidade do Direito Penal, André Vinícius de Almeida aponta as três crises do Direito Penal mencionadas por Silva Sánchez (2005, p. 11-12), contextualizando-a. Esclarece o autor que

Como figura representativa da terceira crise noticiada por Silva Sánchez, surge o Direito Penal Econômico, que busca combater parte da moderna criminalidade por meio de técnicas legislativas e recursos processuais que limitam o rol das garantias constitucionais inerentes ao denominado Direito Penal fundamental ou nuclear.

É cediço que os crimes relativos à lavagem de capitais exigem um modo de operação muito mais complexo e sofisticado,

fato esse que muitas vezes dificulta a produção de provas por parte da acusação. Como consequência temos uma produção limitada de provas, o que muitas vezes leva ao uso de meios invasivos da privacidade, como as interceptações telefônicas e as buscas e apreensões, inclusive, menciona-se o uso da presunção pelas chamadas “regras de experiência” (ALMEIDA, 2010).

O professor Renato Brasileiro (2010, p. 658) mencionando a lição de Gustavo Badaró (2003, p. 308) expõe que: “[...] a presunção de dolo nada mais é do que uma regra de julgamento no sentido de que, havendo dúvida sobre se o acusado agiu ou não dolosamente, deverá ser condenado, pois incumbia a ele provar que não agiu dolosamente”.

Por fim, preciosa é a lição do referido autor ao demonstrar que

[...] resulta de importância inquestionável a denominada prova indiciária, também chamada de prova indireta, classe de prova especialmente idônea e útil para demonstrar o conhecimento da origem ilícita dos valores, diante da dificuldade de se encontrar prova direta, o que se atribui à capacidade de camuflagem e hermetismo com que atuam as organizações especializadas em reciclagem de capitais. Na prática processual penal será comum que não existam provas diretas dessas circunstâncias, cuja ausência deverá ser inferida de dados externos e objetivos, tais como o incremento patrimonial injustificado, operações financeiras anômalas, inexistência de atividades econômicas ou comerciais legais como lastro para o incremento patrimonial [...]

(LIMA, 2010, p. 660-661).

## **5 O Erro de Tipo e o Erro de Proibição como Proposta de Exclusão da Tipicidade e Culpabilidade**

Apesar da inexistência de julgados, após a edição da Lei 12.683/2012, acerca da possibilidade de adoção da teoria da cegueira deliberada pelo ordenamento jurídico brasileiro, e embora exista divergência doutrinária sobre a previsão do dolo eventual como elemento subjetivo do tipo, certo é que devemos na prática delinear e delimitar a conduta dos agentes a fim de não vermos frustrada a persecução penal pela ocorrência de erro de tipo, ou proibição, conforme será demonstrado a seguir.

Necessário, porém, ressaltar a importância do princípio da legalidade para o tema ora em estudo. Indica 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”. Dessa forma podemos afirmar que referido princípio busca delimitar a atuação do Estado, evitando-se assim uma punição arbitrária, e assegurando na lei estrita, escrita, prévia e certa um dos corolários do Estado Democrático de Direito, qual seja, a segurança jurídica (ALMEIDA, 2005, p. 22-24). O cidadão possui a segurança de que o Estado só buscará uma pretensão punitiva se sua conduta estiver estritamente delimitada em um tipo penal incriminador.

Temos uma relação entre a busca da eficácia do Direito Penal Econômico e a necessária observância da legalidade, e dos princípios que dela decorrem, especialmente os da taxatividade e intervenção mínima. André Vinícius nos apresenta uma dupla relação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, afirmando que:

[...] a par de colher nos textos constitucionais importantes e imprescindíveis indicativos acerca dos bens jurídicos que deve proteger por meio da sanção penal, é também na Carta Magna que aquela encontra os contornos de sua atuação: o direito de punir do Estado não é, como se pensava outrora, ilimitado (ALMEIDA, 2005, p. 12, 20).

Contextualizando o princípio da legalidade no âmbito do Direito Penal Econômico, referido autor (ALMEIDA, 2005, p. 24) ainda aponta uma crítica referente às características da legalidade (ser a lei escrita, estrita, prévia e certa), pois temos a dicotomia combate a criminalidade moderna *versus* cerceamento do princípio da legalidade.

O mesmo autor ainda indica que os tipos penais incriminadores previstos na legislação referente ao Direito Penal Econômico caracterizam-se pelo “[...] incremento no uso de elementos normativos, de elementos de valoração global do fato e de normas penais em branco”. Entretanto, ele critica esse fato indicando que:

É de se ver, contudo, que a reiterada utilização desses recursos se mostra perigosa à liberdade individual, na medida em que implica o desmerecimento ou a elasticidade do princípio da legalidade, *bem ainda por ampliar a margem de erro, ora na formação da vontade do agente, ora no aperfeiçoamento da consciência da ilicitude de sua conduta* (ALMEIDA, 2005, p. 12, grifo nosso).

Outra questão apresentada na obra “O Erro de Tipo no Direito Penal Econômico” (ALMEIDA, 2005, p. 46-47) diz respeito ao princípio da culpabilidade cujo entendimento abrange

“[...] a reprovação do agente em função de sua conduta, e não simplesmente da produção de um resultado”. Entretanto, André Vinícius esclarece que: “[...], busca-se, na esfera do Direito Penal Econômico, com frequência cada vez maior, relativizar o princípio da culpabilidade para que se equilibre a necessidade de propiciar a eficácia da tutela penal com as dificuldades probatórias no tocante à autoria”.

Ademais, um fato que merece destaque se refere à aplicação do mesmo patamar relativo às penas, de condutas relativas ao dolo, no caso de o agente ter consciência e vontade de alcançar o resultado almejado, e caso o agente não atue com a necessária consciência da ilicitude. Fato apontado por parte da doutrina como de aplicação desproporcional. Senão, vejamos:

Será dolosa a ação típica na qual o agente conheça o contexto no qual atua e queira o resultado, bem como aquela na qual o sujeito não queira o resultado e nem mesmo conheça a criação do risco porque criou mecanismos que lhe impediram a ciência deste. Ainda que ambos sejam reprováveis, caracterizar os dois da mesma forma sobrecarrega o instituto do dolo e afeta a proporcionalidade na aplicação da norma penal (BOTTINI, 2013).

Ainda com relação à culpabilidade, devemos destacar que a sua capacidade implica a observância de três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. O erro de proibição surge como excludente de culpabilidade no tocante a potencial consciência da ilicitude.

Afirmamos que o tratamento do erro no sistema jurídico penal é compreendido no estudo do dolo, conforme ensinamento



de André Vinícius (2005, p. 61). Pois como bem salienta Luiz Flávio Gomes (2001, p. 68) “Dentro dessa concepção, não há espaço para a distinção entre erro de fato e erro de direito [...]. Com efeito, se o erro do agente recai sobre a proibição da conduta também afeta o dolo, porque dele faz parte a consciência da ilicitude”. Entretanto, devemos atentar para o fato de que referido entendimento só tem aplicação na Teoria Causal ou, ainda, na Teoria Social da Ação, as quais, de maneira diferente, trabalham o dolo na culpabilidade. O Código Penal Brasileiro adotou a Teoria Finalista da Ação, razão pela qual não podemos defender uma dupla valoração do dolo, conforme será demonstrado a seguir.

Ainda sobre a potencial consciência da ilicitude, importante destacarmos a figura da co-consciência apresentada por André Vinícius:

Surge, aqui, a figura da co-consciência, cujo conteúdo é a interiorização pelo agente da antijuridicidade de certas situações, o que se faz suficiente para caracterizar a sua adequada orientação quando da realização da conduta, mesmo que, nesse momento, não reflita sobre o caráter ilícito daquilo que faz: basta, pois, a possibilidade de conhecimento, o que se denominou, no marco teórico do finalismo, de consciência potencial da ilicitude (ALMEIDA, 2005, p. 102).

Na esteira do raciocínio acima exposto, outro elemento que merece destaque no referido estudo diz respeito ao dolo. O dolo está ligado intimamente ao erro, e na lição de Luiz Flávio Gomes, além do dolo e da culpa serem importantes para a configuração do fato típico, pois fazem parte de sua composição, também o

são para o reconhecimento da censura de culpabilidade. Não por outra razão, esclarece que o dolo:

[...] como forma de conduta e como forma de culpabilidade, tem que preencher uma dupla função no sistema do delito [...]. Em outras palavras: “a) no tipo de injusto ele é, como forma de conduta, o portador do sentido jurídico-social da ação, que compreende as relações psíquicas do autor para com o acontecimento fático exterior (= dolo do tipo em sentido estrito, como realização consciente e volitiva das circunstâncias objetivas); b) no setor da culpabilidade, o dolo é, como forma de culpa, o portador do desvalor do ânimo, que expressa o deficiente ânimo jurídico especificamente ligado à realização dolosa do tipo (= posição dolosa e defeituosa para com a ordem jurídica) (GOMES, 2001, p. 171).

O professor Luiz Flávio Gomes (2001) na obra “Erro de tipo e erro de proibição” elenca renomados autores que partilham da posição da dupla valoração do dolo, mas destaca entendimento diverso de Muñoz Conde. Ressalta, entretanto, não se tratar de dar ao dolo dupla posição na teoria do crime, mas como bem afirma Roxin:

O dolo é essencial para o tipo, porque sem ele não se pode precisar na forma que exige o estado de Direito a descrição legal do delito; porém, é igualmente relevante para a culpabilidade, porque deve delimitar a forma mais grave da culpabilidade da mais leve (a imprudência) e por isso deve configurar-se seu conteúdo de acordo com os princípios valorativos destas categorias (ROXIN, 2001, p. 173).

Daí conclui mencionando que “Dolo, portanto, não significa só consciência e vontade de realizar os requisitos objetivos do tipo; ele também revela uma atitude de menosprezo ou indiferença

diante da violação ao bem jurídico” (GOMES, 2001, p. 174). Essa atitude de menosprezo seria traduzida pelo dolo direto e a indiferença pelo dolo eventual.

Importante mencionar que analisando a culpabilidade, como elemento da teoria do crime, levamos em consideração o perfil subjetivo do agente, percepção clara inclusive da leitura do artigo 21, parágrafo único, do Código Penal. Com isso não queremos afirmar que teríamos no caso um direito penal do autor, e não do fato. Conforme exposto por Luiz Flávio Gomes, mencionando os ensinamentos de Jescheck “[...] o juízo de culpabilidade recai sobre o fato do agente, não sobre o caráter ou modo de pensar do agente do fato”. É a lição esposada na obra “Erro de tipo e erro de proibição”:

O juízo de censura jurídico-penal, assim como juízo do fato, não recai sobre um abstrato “modo de pensar defeituoso ou adverso à ordem jurídica”, mas sim, sobre a concreta posição de antagonismo do agente para com a ordem jurídica manifestada ou exteriorizada na sua conduta injusta. O agente é reprovado não pelo que abstratamente “pensa” contra a ordem jurídica, mas pela sua concreta posição defeituosa ou antagônica para com a ordem jurídica, revelada na sua conduta típica e ilícita. O que se reprova sempre, como conclui Jescheck, “o fato e não só a atitude interna. Mas o fato recebe, graças a atitude interna de que surge, seu próprio conteúdo de valor ou desvalor. A atitude interna constitui, assim, a razão pela qual o fato se reprova com maior ou menor intensidade ao autor” (JESCHECK, 1981, v. 2, p. 580 apud GOMES, 2001, p. 181).

Entretanto, só poderíamos defender a dupla valoração do dolo na Teoria Social da Ação, pois, como sabemos, o dolo é compreendido como consciência e vontade; e que,

además, constitui-se em elemento do fato típico, transferido da culpabilidade para o elemento conduta por ocasião do finalismo penal de Welzel. Com relação ao sistema finalista esclarece André Vinícius que:

A distinção básica traçada por Hans Welzel, a quem se atribui a feição final do finalismo, reside no conceito de ação, desde logo separado da noção de resultado, que passa a pertencer ao tipo legal. Sobretudo, o sistema finalista de delito se caracterizou, desde os primeiros traços welzelianos, por incluir a vontade, em sua inteireza, já na ação. [...] Com a remessa do dolo e da culpa à ação, o conceito de culpabilidade fica totalmente desprovido de seus aspectos psicológicos, transformando-se em juízo puro de censura pessoal do autor em razão de sua conduta (ALMEIDA, 2005, p. 63).

E, aliás, como bem colocado por Luiz Regis Prado mencionando a lição de Welzel (2001, p. 225 apud PRADO, 2008, p. 379): “[...] o dolo e o conhecimento do injusto exigem psicologicamente espécies diferentes de consciência: aquele exige necessariamente a representação ou percepção atual ao tempo do fato, esta se conforma com um ‘saber’ inatual”.

Precisa é a lição de Cezar Roberto Bitencourt ao mencionar que

A consciência elementar do dolo deve ser atual, efetiva, ao contrário da consciência da ilicitude, que pode ser potencial. Mas a consciência do dolo abrange dela a consciência da ilicitude, que hoje, como elemento normativo, está deslocada para o interior da culpabilidade. É desnecessário o conhecimento da configuração típica, sendo suficiente o conhecimento de circunstâncias de fato necessárias à composição da figura típica. Sintetizando, em termos bem esquemáticos, dolo é a vontade de realizar o tipo

objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto (BITENCOURT; MONTEIRO, 2013, p. 187).

Segundo exposto na obra “O Erro de Tipo no Direito Penal Econômico” o erro sobre os elementos constitutivos do tipo está ligado à tipicidade, e o erro de proibição, por sua vez, refere-se à culpabilidade. André Vinícius (2005, p. 68) ainda menciona sobre a possibilidade de condenação do agente por culpa, se previsto o tipo penal em lei, concluindo que esse fato só é possível em estando o dolo localizado no tipo e não na culpabilidade. Daí também a afirmação de que o artigo 20 é a maior prova de que o Código Penal é finalista.

Entretanto, ainda com relação ao erro de tipo estar ligado à tipicidade, cabe uma observação do professor Luiz Flávio Gomes (2001, p. 117) o qual entende que “Considerando-se o dolo também como parte integrante do tipo conclui-se que o erro de tipo não chega a afetar a culpabilidade ou a ilicitude; antes, inexistente o próprio tipo”.

Afirmamos anteriormente que o tratamento do erro no sistema jurídico penal é compreendido no estudo do dolo, podemos adentrar então no estudo do erro de tipo e erro de proibição, previstos respectivamente nos artigos 20 e 21 do Código Penal.

Em linhas gerais, erro de tipo é a falsa percepção de um ou mais elementos do tipo penal. O erro de tipo relaciona-se com fatos, o sujeito desconhece a realidade fática que o cerca (não sabe o que faz). Já o erro de proibição relaciona-se com a licitude do fato, o sujeito conhece a realidade fática tendo plena consciência do fato praticado, mas não sabe que é contrário ao direito. No erro

de proibição o agente conhece perfeitamente a realidade fática que o cerca – o agente sabe o que faz, só não sabe que aquilo é contrário ao direito.

Em relação ao tratamento conferido às espécies de erro previstas no Código Penal, ambas admitem a vencibilidade e a invencibilidade.

O erro de tipo sempre exclui o dolo seja ele escusável, seja ele inescusável, mas o erro de tipo quando escusável também exclui a culpa. Por outro lado, o erro inescusável permite a punição por crime culposos se previsto em lei.

O erro de proibição não exclui o dolo, mas afasta, por completo, a culpabilidade do agente quando escusável e reduz a pena de um sexto a um terço quando inescusável, atenuando a culpabilidade, ou seja, o erro de proibição se inescusável, evitável funciona como causa de diminuição da pena. Luiz Flávio Gomes (2001, p. 145, grifo nosso) indica hipóteses em que observaríamos o erro de proibição inescusável: “a) quando o agente podia conhecer a ilicitude de sua conduta ‘mediante o esforço de sua inteligência’; b) *quando propositadamente não quis se informar*; e c) quando não se informou sobre sua atitude regulamentada”.

Diante de todo o exposto quer-se concluir que:

- a) O estudo da dupla valoração do dolo poderia auxiliar o magistrado na sua convicção sobre a possível ocorrência ou não de um delito frente à lei de lavagem de capitais, entretanto, essa análise somente seria viável na Teoria Social da Ação, o que não se faz possível, vez que o

Código Penal Brasileiro adota a Teoria Finalista da Ação, transferindo o dolo da culpabilidade para o fato típico.

- b) O estudo aprofundado de importantes temáticas como o dolo, a culpabilidade e o princípio da legalidade são de especial relevância para a caracterização do erro na problemática jurídico-penal referente aos crimes de lavagem de dinheiro, pois, como afirmado anteriormente por André Vinícius (ALMEIDA, 2005, p. 12), principalmente a legalidade pode ampliar a margem de erro, tanto na formação da vontade do agente quanto no aperfeiçoamento da consciência da ilicitude de sua conduta.
- c) O agente em tese cometerá erro de tipo desde que este incida sobre as elementares ou circunstâncias do fato típico. Ensino conciso e preciso de Francisco de Assis Toledo (1994, p. 280) nos demonstra que: “Como o dolo do agente deve abranger corretamente os elementos essenciais do tipo objetivo, o erro de tipo impede essa abrangência pelo que será sempre uma causa de exclusão do dolo, mas permitirá a punição por culpa [...] se estiver prevista em lei”.
- d) O agente estará acobertado por uma causa excludente da culpabilidade, qual seja, o erro de proibição, desde que não tenha no caso concreto a potencial consciência da ilicitude. Francisco de Assis Toledo nos chama atenção para um fato: de que algumas proibições não são dotadas

de um conteúdo moral. Dessa forma, esclarece o autor, que Welzel reformulou o conceito de “consciência da ilicitude”, introduzindo o dever de informar como elemento.

- e) Nesse contexto, surge a questão: em quais situações estaria o magistrado autorizado a exigir do agente esse especial fim de se informar? Novamente Francisco de Assis Toledo contribui brilhantemente nos esclarecendo que:

Confinado, assim, o “dever de informar-se” no círculo hoje bastante amplo das atividades regulamentadas – profissões liberais, técnicas, comércio habitual etc. – teremos: onde houver um conjunto de normas jurídicas (legais, regulamentares, costumeiras ou estatutárias) estabelecendo condições e regras para o exercício de certas atividades que não fazem parte, necessariamente, da vida de todos e de cada um, aí existirá um especial dever jurídico de informar-se, pois o Estado e a sociedade, *omnium consensu*, permitem ao indivíduo o desfrute dos benefícios decorrentes da prática dessas atividades, que fogem ao padrão normal de conduta, mas, ao mesmo tempo, regulamentam a condição de seu exercício. Fora disso, o dever de informar-se será de exigibilidade realmente discutível (TOLEDO, 1994, p. 261).

- f) O agente não se aproveitaria da falta da consciência da ilicitude, ou seja, não incorreria em erro de proibição, quando:
- teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, obter essa consciência com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio;



- propositadamente [...], recusa-se a instruir-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida;
- não procura informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas.

Em outras palavras, o agente eventualmente pode vir estar acobertado pela excludente da culpabilidade que incide sob a potencial consciência da ilicitude, entretanto, baseado no dever de informar pode vir a ser condenado, conforme sustentado ao longo desse estudo, por dolo eventual, inclusive com respaldo na teoria da cegueira deliberada, desde que crie mecanismos que o impeçam de perceber determinada situação de ilicitude;

- g) Ambos os erros são compatíveis com os delitos previstos na lei de lavagem de capitais.
- h) Por fim, acreditamos que a maior complexidade resida na prova do dolo, que na opinião de Antonio Henrique Suxberger (2012) não se dá como incursão do magistrado na psiquê do agente, mas na “[...] contextualização das opções que o agente dispunha, da eleição dos meios a sua disposição, da exteriorização de suas ações, dos motivos da conduta desse agente”. Devemos, portanto, analisar as circunstâncias objetivas do caso concreto para aferir o dolo, a má-fé do agente.
- i) O professor Renato Brasileiro aponta situações em que poderíamos reconhecer a presença do elemento subjetivo

do crime de lavagem de capitais, seja a título de dolo direto ou eventual. Seriam indicativos:

[...] a magnitude das operações financeiras que possam configurar indício de ocorrência de lavagem de capitais, considerando as partes envolvidas, os valores, a forma de realização, os instrumentos utilizados ou a falta de fundamento econômico legal, com omissão dolosa do dever de identificação dos clientes e comunicação às autoridades competentes (LIMA, 2010, p. 661).

## **6 Conclusão**

Como visto ao longo do presente trabalho a edição da Lei 12.683/2012 introduziu diversas modificações na Lei 9.613/1998, especificamente na conduta descrita no inc. I, § 2º, do artigo 1º e a caracterização do delito na hipótese de dolo eventual.

Referida questão foi arduamente debatida no julgamento da AP470, pelo Supremo Tribunal Federal, conhecida nacionalmente como “mensalão”. Entretanto, com o fim do julgamento envolvendo referida ação penal, o Excelso Pretório deixou em aberto a possibilidade de condenação na hipótese de dolo eventual. Existe uma inclinação da Suprema Corte em admitir o dolo eventual em todas as formas de lavagem de dinheiro.

Logo, apesar de existir uma manifestação do Tribunal Regional Federal da 5ª Região inadmitindo a aplicação da teoria da cegueira deliberada, referente ao julgamento do furto ao Banco Central, sede em Fortaleza, a hipótese do inc. I, § 2º, do artigo 1º não admitira o dolo eventual; devemos ressaltar que essa decisão julgou um fato ocorrido antes da edição da Lei 12.683/2012.

Vimos também que, após as mudanças trazidas pela Lei 12.683/2012, inexistiu manifestação das Cortes superiores acerca da possibilidade de aplicação dessa teoria.

Após a edição da Lei 12.683/2012 parece-nos clara a opção do legislador em tornar mais rigorosa a aplicação do instrumento de coibição aos crimes de lavagem de capitais, permitindo inclusive a condenação na hipótese de dolo eventual.

Apenas a título de esclarecimento, com relação ao artigo 1º, como não houve modificação da nova lei de 2012 ao termo “provenientes”, previsto no *caput*, concordamos com entendimento de que se aplica a hipótese o dolo eventual.

Claro é que devemos buscar um equilíbrio entre as posições adotadas, não sendo rigorosos a ponto de não ver cumprida a função da coibição dos crimes de lavagem de dinheiro, qual seja, punir qualquer vantagem oriunda de uma infração penal antecedente.

**Title:** The Possibility of Adopting the Theory of Willful Blindness on Crimes of Money Laundering

**Abstract:** The enactment of Law 12.683/2012, which introduced several changes in the Law 9.613/1998, in order to make more efficient prosecution of crimes of money laundering, brought in fervent discussions about teaching their positives and negatives. The focus of the discussion in this article refers to the characterization of the offense in the event of any willful misconduct, specifically in the conduct described in inc. I, § 2, of Article 1. That question was debated in the hard trial of AP 470, the Supreme Court, known nationally as “mensalão”. It also presents the possibility of application of the theory of willful blindness and its use by Brazilian law.

**Keywords:** Money laundering. Law 12.683/2012. AP 470. Willful blindness.

## Referências

ALMEIDA, André Vinícius de. *O erro de tipo no direito penal econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Os limites da presunção no processo penal. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 3, jan./abr. 2010. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/29-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/29-ARTIGO)>. Acesso em: 26 nov. 2013.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n.102, maio/jun. 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 30 jul. 2013. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470#\\_ftn12\\_8778](http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470#_ftn12_8778)>. Acesso em: 24 nov. 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Teoria da cegueira deliberada e crime de receptação*. São Paulo, 21 ago. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2013/02/09/teoria-da-cegueira-deliberada-e-crime-de-receptacao/>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. Lavagem ou ocultação de bens: Lei 9.613, 03.03.1998. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). *Legislação criminal especial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 516-670. (Coleção ciências criminais; 6).

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri, SP: Manole, 2004.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Alterações na Lei de Lavagem de Dinheiro: breves apontamentos críticos. *Boletim IBCCRIM*, ano 20, n. 237, ago. de 2012. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf](http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general: fundamentos - la estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 2001. Tomo I.

SUXBERGER, Antonio. *A difícil prova desse tal de “dolo”*. 12 jan. 2012. Disponível em: <<http://suxblog.wordpress.com/2012/01/12/a-dificil-prova-desse-tal-de-dolo/>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

TOLEDO, Francisco Assis de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VILARDI, Celso Sanchez. A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. *Boletim IBCCRIM*, ano 20, n. 237, ago. de 2012. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf](http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2013.

WELZEL, Hans. *Direito penal*. Afonso Celso Rezende (Trad.). Campinas: Romana, 2003.

---

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

PHILIPPI, Patrícia. A possibilidade de adoção da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de capitais. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 637-675, 2014. Anual.

---

**Submissão:** 23/5/2014

**Aceite:** 27/6/2014



## **Normas Editoriais para os Autores**

A Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios destina-se à publicação de artigos jurídicos ou matérias correlatas, com a finalidade de incrementar os estudos de temas relevantes para a área de atuação do Ministério Público. Os artigos publicados serão prioritariamente de autoria de membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, mas serão admitidos também trabalhos dos servidores desta instituição e de outros colaboradores externos desde que o Conselho Editorial entenda ser o tema abordado pertinente.

Os trabalhos originais inéditos para publicação na Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, versão impressa ISSN 1518-0891 e versão eletrônica ISSN 2237-9770, periodicidade anual, devem ser encaminhados para o seguinte endereço eletrônico: [conedit@mpdft.mp.br](mailto:conedit@mpdft.mp.br). Após o recebimento, o Conselho Editorial enviará o aviso de recebido ao autor.

Os textos encaminhados para publicação não podem ter sido publicados nem estar pendentes de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.

O Conselho Editorial ficará à disposição dos autores para dirimir possíveis dúvidas sobre o andamento do processo de análise/avaliação dos textos enviados, por meio do endereço eletrônico: [conedit@mpdt.mp.br](mailto:conedit@mpdt.mp.br).

Os artigos serão submetidos à apreciação do Conselho Editorial da Revista pelo sistema blind peer review/revisão cega por pares. O referido sistema de avaliação garante o anonimato



dos autores, pareceristas e demais responsáveis pelo processo de avaliação.

A Revista adota as normas de informação e documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e o Manual de Apresentação Tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

O Conselho Editorial poderá aceitar ou vetar qualquer original recebido que não estiver de acordo com as normas editoriais da Revista. Assim como propor e/ou efetuar eventuais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical para adequação dos textos, respeitando, porém, o estilo dos autores. O material recebido e não publicado, bem como as provas finais, não serão devolvidos aos autores.

Os autores dos artigos aprovados devem encaminhar ao Conselho Editorial o formulário Termo Geral de Autorização para Depósito e Publicação na Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios impresso ou digitalizado, devidamente preenchido e assinado. Esse documento será válido por todo o prazo de direitos patrimoniais de autor, previsto na Lei Autoral Brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico. Não serão devidos direitos autorais ou prestada qualquer remuneração pela licença de publicação dos trabalhos na Revista. O autor cujo trabalho tenha sido publicado receberá 1 (um) exemplar da Revista.

Os artigos publicados na Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios poderão ser republicados, total ou

parcialmente, por outra publicação periódica, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original.

Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja utilizado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (que permite leitura em todos os processadores de texto).

O tamanho do papel deve ser A4, com margens de 3 cm do lado esquerdo e superior, e 2 cm do lado direito e inferior. Os artigos devem ter entre 15 e 30 páginas.

Caso a publicação tenha ilustrações (gráfico, desenho, gravura e/ou imagem), devem ser enviadas em preto e branco.

As tabelas devem ser apresentadas conforme o “Manual de Apresentação Tabular” do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os realces das linhas ou colunas devem ser em escala de cinza.

Os textos devem ser redigidos em fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entrelinhas de 1,5. Os parágrafos devem ser justificados, com recuo especial de 1 (um) cm na primeira linha; sem espaçamentos antes ou depois. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso do itálico, sem utilização do negrito ou sublinhado. As expressões em língua estrangeira devem ser destacadas com o uso do itálico.

Para fins de avaliação por meio do método blind peer review/revisão cega por pares, os trabalhos originais não poderão conter identificação do autor. Dessa forma, os artigos devem ser precedidos por uma folha de rosto em que se fará constar: título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos (doutorado, mestrado e/ou especialização) e instituição à qual pertença e o cargo ocupado. As informações contidas na folha de rosto são de responsabilidade exclusiva do autor.

Os artigos devem ser apresentados de forma completa, contendo: 1. Elementos pré-textuais: a) título e subtítulo (se houver) em português; b) resumo informativo em português (de 100 a 250 palavras); c) relação de palavras-chave em português - no máximo 7 (sete); d) sumário. 2. Elementos textuais: a) introdução; b) desenvolvimento; c) conclusão. 3. Elementos pós-textuais: a) título e subtítulo (se houver) em inglês; b) resumo informativo em inglês - abstract; c) relação de palavras-chave em inglês - keywords; d) referências; e) anexos (se houver), conforme a ABNT NBR 6022/2003.

O sumário que precede o texto do artigo deve ser numerado com as divisões do texto, que devem ser feitas em algarismos arábicos (conforme a norma da ABNT NBR 6024/2012), e cada divisão será separada da outra por ponto e espaço. Introdução e referências não devem ser numeradas.

As referências devem ser feitas de acordo com a ABNT NBR 6023/2002, apresentadas ao final do texto, organizadas

em ordem alfabética e alinhadas à esquerda. Devem constar nas referências apenas as obras que foram consultadas e têm parte transcrita no texto. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto são de responsabilidade do autor.

As citações devem seguir as normas da ABNT NBR 10520/2002. Citações diretas com mais de mais de três linhas devem constituir um parágrafo com alinhamento justificado, espaçamento entrelinhas simples, fonte tamanho 10, recuo de 4 cm da margem esquerda e sem aspas. As citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas.

Para enfatizar trechos da citação, deve-se destacá-los com realce itálico indicando esta alteração com a expressão “grifo nosso” ou “grifo do autor”. As citações devem ser indicadas no texto pelo sistema de chamada autor-data. As expressões em língua estrangeira devem ser padronizadas, destacando-se em itálico.

As notas de rodapé devem seguir a norma da ABNT NBR 10520/2002. Devem ser apenas do tipo “notas explicativas”, usadas para comentários, esclarecimentos ou explanações que não possam ser incluídos no texto ou em casos em que sua inserção no texto cause uma interrupção muito grande na leitura. Não devem ser inseridas referências bibliográficas em notas de rodapé.

Os artigos devem atender a todas as Normas Editoriais de publicação. O Conselho Editorial não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como: inserção de sumário,

resumo, palavras-chave (em português ou inglês), referências, que ficam sob a responsabilidade do(s) autor(es).

Os textos devem ser desenvolvidos em linguagem adequada a uma publicação técnico-científica e a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, a partir de 1º de janeiro de 2009. As citações de obras publicadas antes do Acordo devem respeitar a ortografia original.

As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.









Impressão: Gráfica Movimento

Maio de 2015

