

ISSN 1518-0891

# Revista

do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios



v. 1 • n. 5 • 2011



---

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

v. 1 • n. 5 • 2011

---

## MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – MPDFT

Eunice Pereira Amorim Carvalhido  
*Procuradora-Geral de Justiça*

Zenaide Souto Martins  
*Vice-Procuradora-Geral de Justiça*

Benis Silva Queiroz Bastos  
*Corregedora-Geral*

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

Albertino de Souza Pereira Netto  
*Chefe de Gabinete Adjunto da Procuradoria-Geral de Justiça*

Vetuval Martins Vasconcelos  
*Diretor-Geral*

### CONSELHO SUPERIOR DO MPDFT

**Presidente:** Eunice Pereira Amorim Carvalhido  
*Procuradora-Geral de Justiça*

**Vice-Presidente:** José Firmo Reis Soub  
*Procurador de Justiça*

**Secretária do Conselho:** Marta Maria de Rezende  
*Procuradora de Justiça*

**Corregedora-Geral:** Benis Silva Queiroz Bastos  
*Procuradora de Justiça*

#### Conselheiros

Zenaide Souto Martins  
*Vice-Procuradora-Geral de Justiça*

Eduardo José Oliveira de Albuquerque  
*Procurador de Justiça*

Antonio Ezequiel de Araújo Neto  
*Procurador de Justiça*

Rogério Schietti Machado Cruz  
*Procurador de Justiça*

Mário Pérez de Araújo  
*Procurador de Justiça*

Carlos Eduardo Magalhães de Almeida  
*Procurador de Justiça*

José Valdenor Queiroz Júnior  
*Procurador de Justiça*

---

# REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

v. 1 • n. 5 • 2011

---

ISSN 1518-0891

R. Minist. Públ. Dist. Fed. Territ.	Brasília	v. 1	n. 5	p. 1-352	2011
-------------------------------------	----------	------	------	----------	------

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

Eixo Monumental, Praça do Buriti, Lote 2 - Ed. Sede do MPDFT, 9º andar, CEP 70091-900

Brasília - DF, Telefone Geral: (61) 3343-9500

Homepage: www.mpdft.gov.br, e-mail: conedit@mpdft.gov.br

CONSELHO EDITORIAL

Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub  
*Procuradora de Justiça*  
*Coordenadora*

Antônio Henrique Graciano Suxberger  
*Promotor de Justiça*  
*Conselheiro*

Wanessa Alpino Bigonha Alvim  
*Promotora de Justiça*  
*Conselheira*

Danielle Martins Silva  
*Promotora de Justiça Adjunta*  
*Conselheira*

Rodolfo Cunha Salles  
*Promotor de Justiça*  
*Conselheiro*

Dermeval Farias Gomes Filho  
*Promotor de Justiça Adjunto*  
*Conselheiro*

José Theodoro Correa de Carvalho  
*Promotor de Justiça*  
*Conselheiro*

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do MPDFT

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

Anual.

Edições anteriores com periodicidade irregular.

ISSN 0103-3867 (Título anterior)

Continuado por: Revista do Ministério Público do Distrito Federal e  
Territórios.

ISSN 1518-0891

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

CDD 340

© 2011 MPDFT - Todos os direitos reservados. Qualquer parte desta publicação poderá ser reproduzida, desde que citada a fonte.

*Coordenação editorial:* Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub  
(Procuradora de Justiça)

*Assessoria:* Ana Carmen Carvalho da Silva

*Produção Gráfica:* Daniel Sidney da Costa Gontijo, Jun  
Matsuoka Tomikawa

*Capa:* Camila Gabriela de Araújo Antunes

*Diagramação:* Aline Meira Mello, Camila Gabriela de Araújo  
Antunes e Roseane Bezerra de Lima do Vale

*Informática:* Paulo Henrique Ferreira Lima Ellery

*Revisão de português:* Adriana Custódio da S. Silva  
e Joira Coelho Furquim

*Revisão de inglês:* Claudia Helena Bragança

*Normalização e formatação (BIB/DIDOC):*

Cristiane Vieira da Silva, Dulcineide Camargo  
Santos e Érika Carvalho Lemos de Oliveira

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



Editora MPDFT

Tiragem: 1.000 exemplares

# Sumário

<i>Apresentação</i> .....	5
<b><i>Doutrina</i></b>	
<b>A Concessão de Direito Real de Uso na Regularização Fundiária do Distrito Federal</b>	
<i>Vitor Fernandes Gonçalves</i> .....	9
<b>Ébano e Marfim: a Justiça Restaurativa e o TPI Orquestrados para a Paz Sustentável em Uganda</b>	
<i>Raquel Tiveron</i> .....	33
<b>Instrumentos Processuais de Proteção à Mulher Vítima de Violência Doméstica</b>	
<i>Jaqueline Morais Martins</i> .....	63
<b>Lei Maria da Penha, Ciclo da Violência e a Suspensão Condicional do Processo: Percepções da Prática Experimentada no Distrito Federal</b>	
<i>Alessandra Campos Morato; Fabiana Costa Oliveira Barreto; Juliana Vieira Pelegrini; Luciana Asper y Valdés</i> .....	101
<b>A Opção Legislativa pela Política Criminal Extrapenal e a Natureza Jurídica das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha</b>	
<i>Amom Albernaz Pires</i> .....	121
<b>Pedofilia: Aspectos Sociojurídicos e seus Reflexos na Atuação do Ministério Público</b>	
<i>Daniella Virgínia Gomes</i> .....	169
<b>Proporcionalidade e Direito Penal: por uma Interpretação Constitucionalmente Adequada da Hipótese de Concurso de Crimes de Estupro</b>	
<i>Ericson dos Santos Cerqueira</i> .....	205

**Quesito Absolutório: Aspectos Polêmicos Trazidos pela Lei nº 11.689/2008**

*Lívia Cruz Rabelo* ..... 239

***Peças Processuais***

**Ação de Usucapião - Processo nº 2010.01.1.144172-7**

*Dênio Augusto de Oliveira Moura*..... 281

**Recurso Extraordinário 576.155/DF**

*Antonio Luiz B. de Alencastro*..... 305

**Habeas Corpus 12216 - Rcl 117923**

*Evandro Gomes*..... 323

**Normas Editoriais para os Autores** ..... 347

## **Apresentação**

A presente edição da Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios tem o intuito de dar continuidade ao trabalho de divulgação da produção intelectual dos membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com a publicação de artigos técnicos científicos e de peças processuais que abordam temas relevantes na atualidade e que estão sendo objeto de estudo dos pesquisadores e profissionais do Direito.

Os temas apresentados estão afetos à missão constitucional que foi conferida ao Ministério Público, como a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, destacando-se principalmente a importante função da promoção da ação penal pública. O enfoque dado aos trabalhos é o da busca da promoção dos direitos humanos, no reconhecimento da dignidade de cada ser e da necessidade de proteção das minorias.

A maior parte dos textos trata da dimensão constitucional do Ministério Público e sua repercussão no Processo Penal, abordando assuntos como a violência sexual praticada contra a criança e o adolescente, a violência praticada contra a mulher e o seu instrumento de proteção, que é a Lei Maria da Penha, a nova configuração dada ao crime de estupro, a melhor interpretação dada ao quesito absolutório no Tribunal do Júri, ao respeito ao devido processo legal na formulação de perguntas às testemunhas e também as violações aos direitos humanos que extrapolam as fronteiras de nosso país relacionadas a conflitos armados ocorridos no continente africano.

As questões de matérias cíveis tratam de temas relevantes para a defesa dos interesses sociais, quais sejam: a concessão de direito real de uso na regularização fundiária do Distrito Federal, a usucapião de imóvel urbano em área de parcelamento irregular, bem como a

legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública visando à anulação dos Termos de Acordo de Regime Especial - TARE, firmados entre o Distrito Federal e diversas empresas para a redução de alíquotas do ICMS e a recomposição aos cofres públicos dos prejuízos sofridos.

O Conselho Editorial espera que os artigos e peças processuais trazidos neste exemplar levem o leitor a uma reflexão e que o auxilie tanto na prática jurídica como na pesquisa para fins acadêmicos.

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

**Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub**

Coordenadora da Conselho Editorial

---

# Doutrina

---



---

# A Concessão de Direito Real de Uso na Regularização Fundiária do Distrito Federal

**Vitor Fernandes Gonçalves**

Procurador de Justiça do MPDFT e membro da 2ª Câmara de Coordenação Cível do MPDFT. Mestre em Direito Civil pela UFMG e Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa.

**Resumo:** Passado meio século da inauguração de Brasília, a atual quarta maior metrópole do país convive com imensos problemas de regularização fundiária, sobretudo em face da ilegal ocupação de imóveis públicos. Cidades-satélites inteiras foram criadas sem que a questão da titulação dos imóveis fosse resolvida na forma da lei. Há décadas se discute acerca da melhor maneira para se garantir aos cidadãos carentes residentes no Distrito Federal o direito à casa própria, constitucionalmente assegurado pela Constituição de 1988. Malgrado alguma evolução tenha sido alcançada no último quinquênio, as precárias permissões de uso concedidas aos cidadãos carentes impede-lhes que possam oferecer o bem em garantia, cerceando-lhes o crédito e criando problemas jurídicos em causas de direito de família e das sucessões. Por meio da concessão do direito real de uso, já prevista para a hipótese no Estatuto das Cidades e legislação de regência, a União Federal e o Distrito Federal darão um passo decisivo para a regularização fundiária das terras públicas situada em Brasília.

**Palavras-chave:** Direito administrativo. Concessão de direito real de uso e de habitação - Distrito Federal. Regularização de questão fundiária. Estatuto das cidades.

**Sumário:** Introdução. 1 A Terracap e o Patrimônio Imobiliário do DF. 2 Da Impropriedade da Política de Concessão de Permissões Precárias. 3 Das Vantagens do Uso do Direito Real. 4 Do Fundamento Legal para a Concessão Real de Uso. Conclusão. Referências.

## Introdução

O deslocamento do Distrito Federal do litoral para o centro-oeste da nação, em 1960, foi reconhecidamente fruto de vários fatores, como a conveniência de se melhor proteger a capital de eventuais ataques militares ou de se melhor acomodar toda a estrutura do poder público

federal. Mas, sem nenhuma dúvida, a maior razão da existência de Brasília residiu na necessidade de se ocupar o interior do país, de se estimular o desenvolvimento e o povoamento de regiões até então povoadas de forma escassa.

Pouco mais de meio século depois da inauguração da nova capital, é possível afirmar, sem dúvida alguma, que o ideal de fazer de Brasília um fator de desenvolvimento e ocupação do interior do país encontra-se plenamente realizado, contando-se a sua população já em milhões de pessoas. Sem embargo da veracidade dessa afirmação, sabe-se, por outro lado, que Brasília – apesar de jovem – acumula já os mesmos problemas das outras metrópoles pátrias, como a insuficiência dos serviços públicos e bem assim o crescimento desordenado.

De fato, toda essa imensa quantidade de pessoas fez aumentar a carência por habitação na cidade, o que foi ainda agravado pela rigidez da concepção urbanística original de Brasília, como mera cidade administrativa, e bem assim pelo seu tombamento, que se seguiu à sua elevação ao *status* de patrimônio cultural da humanidade, assim declarado pela UNESCO. Por tudo isso, ao mesmo tempo em que é incessante o surgimento de novas povoações, seja no Distrito Federal – com o surgimento de novas regiões administrativas – seja na região do entorno, convive-se igualmente com sérios problemas de invasão e ocupação irregular de terras, particulares e públicas.

À luz dessa realidade, os poderes públicos envolvidos (no caso, a União e o Distrito Federal) têm enfrentado, particularmente nas duas últimas décadas, delicadas questões de regularização fundiária, sendo certo que as soluções aventadas, além de pecarem por serem excessivamente lentas, às mais das vezes são insuficientes, assim em quantidade como em qualidade, porquanto a situação jurídica dos ocupantes de imóveis públicos não queda resolvida em definitivo.

Particularmente em relação a terras públicas, por exemplo, um cidadão recebe do poder público um termo de ocupação provisório da terra pública que ocupa, mas a natureza jurídica de sua ocupação, considerada mera detenção frente ao Estado, não lhe traz suficiente segurança jurídica, fazendo surgir complicações em demandas envolvendo posse, partilhas de bens e questões sucessórias.

Nesse contexto, a proposta do presente artigo é sugerir a aplicação de soluções previstas na legislação de regência, particularmente no Estatuto das Cidades, de 2001, mais eficazes juridicamente, com o propósito de se permitir uma efetiva e duradoura regularização fundiária no Distrito Federal.

## **1 A Terracap e o Patrimônio Imobiliário Público no Distrito Federal**

A Terracap é a companhia imobiliária do Distrito Federal, empresa pública pertencente à administração pública indireta desse ente da Federação, pessoa jurídica de direito privado instituída por meio da Lei nº 5.861, de 12 de dezembro de 1972. Foi criada para facilitar a gestão do patrimônio imobiliário público distrital. Não obstante, ainda que a Terracap seja uma pessoa jurídica de direito privado e os bens lhes sejam pertencentes no cartório do registro de imóveis, tais bens são bens públicos e estão sujeitos à forma de alienação ínsita a essa espécie de bens.

Quando o poder público exerce atividade econômica, assim o faz sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, de molde a ganhar maior facilidade para agir no mercado, ficando em contrapartida sujeita ao regime jurídico privado. Assim ensina a doutrina, ponderando que é necessário considerar o motivo da própria gênese da empresa pública:

É preciso ter em conta, porém, o objetivo que inspirou o Estado a criar esse tipo de pessoas de natureza empresarial. Como os órgãos estatais se encontram presos a uma infinita quantidade de controles, o que provoca sensível lentidão nas atividades que desempenha, essas pessoas administrativas, tendo personalidade de direito privado, embora sobre a direção institucional do Estado, possibilitam maior versatilidade em sua atuação, quando voltadas para atividades econômicas. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 380).

Na verdade, pode dizer-se, como o fazem alguns estudiosos, que seu regime tem certa natureza híbrida, já que sofrem o influxo de normas de direito privado em alguns setores de sua atuação e de normas de direito público em outros setores. E nem poderia ser de outra forma, quando se analisa seu revestimento jurídico de direito privado e sua ligação com o Estado.

Torna-se necessário, todavia, verificar tais aspectos de sua atuação. Quando se trata do aspecto relativo ao exercício em si da atividade econômica, predominam as normas de direito privado, o que se ajusta bem à condição dessas entidades como instrumentos do Estado-empresário. É comum, portanto, a incidência de normas de Direito Civil ou de Direito Empresarial (atualmente considerado capítulo específico daquele), reguladoras que são das relações econômicas de direito privado.

Aliás, essa é que deve ser a regra geral, o que se confirma pelo art. 173, § 1º, da CF, que é peremptório ao estabelecer sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas quanto a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. [...] Ao contrário, incidem as normas de direito público naqueles aspectos ligados ao controle administrativo resultante de sua vinculação à pessoa federativa. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 384-385).

Entretanto, releva insistir que os bens escriturados nos cartórios de registro de imóveis do Distrito Federal, em nome da Terracap, não são considerados bens privados, mas sim bens públicos, sendo pacificamente reputados insuscetíveis de usucapião. Nesse sentido, consulte-se, por resumir o entendimento dominante, a seguinte ementa de acórdão:

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PREJUDICADA. EFEITO DEVOLUTIVO (ARTS. 515/516 DO CPC). CONDIÇÕES DA AÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO (ART. 267, PAR. 3º DO CPC). COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. PARCELAS QUITADAS. DOMÍNIO AINDA NÃO TRANSFERIDO. PROPRIEDADE DA ALIENANTE - TERRACAP. BEM PÚBLICO (DECRETO Nº 5.861/72). IMPRESCRITIBILIDADE AQUISITIVA (CC. ART. 67; CF ART. 183, PAR. 3º, SÚMULA 340 STF. RECURSO IMPROVIDO. I. Estando a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam envolvida com o mérito da causa que, no presente caso, não foi analisado tem-se a mesma por prejudicada. II. A apelação contra sentença definitiva devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada assim como as questões anteriores à sentença ainda não decididas, compreendendo, entre estas últimas, os pressupostos processuais e as condições da ação (art. 516 do CPC). Verifico, na espécie, ausente a possibilidade jurídica do pedido, posto tratar-se de bem público o imóvel objeto da demanda. Embora esta questão não tenha sido reconhecida pela MMª Juíza a quo, não há óbice a que o Tribunal dela conheça ex officio uma vez que, sendo uma das condições da ação e, portanto, matéria de ordem pública, pode ser acatada de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, par. 3º do CPC). A despeito de não ter sido conhecida no juízo singular, poderá o Tribunal substituir o juízo de improcedência pela extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC) sem que isso implique julgamento extra petita pois, o efeito devolutivo compreende as questões que poderiam ter sido solucionadas na sentença, independentemente da efetiva alegação do recorrente ou do recorrido. III. Trata-se de Imóvel registrado em nome da Companhia Imobiliária de Brasília - TERRACAP, apesar de ter sido adquirido mediante compromisso de compra e venda, encontrando-se quitadas todas as prestações, mas sem outorga de Escritura de Compra e Venda. IV. Obrigatoriamente, estão sujeitos à transcrição, no respectivo registro, os títulos translativos da propriedade imóvel, por ato entre vivos. Tais atos, por estarem sujeitos à transcrição não transferem o domínio, senão da data em que se transcreverem. Inteligência dos artigos 531 e 533 do Código Civil Brasileiro. A coisa imóvel não se adquire antes da inscrição do Título no Registro Imobiliário, datando desta os efeitos relativamente à coisa, que até esse momento ainda é propriedade do alienante. No caso concreto, a TERRACAP ainda é a legítima proprietária do imóvel. V. Todo o patrimônio da TERRACAP é público e por conseguinte também o são os bens. VI. A imprescritibilidade

resulta dessa inalienabilidade ínsita dos bens públicos (CCB, art. 67) e também de normas taxativamente previstas no texto da Constituição Federal que proibiram o usucapião de bem público (artigo 183, par. 3º e 191, parágrafo único), além do entendimento já sumulado STF (Súmula 340). Impossível a prescrição aquisitiva do domínio público, devendo prevalecer o interesse geral sobre o proveito individual. VII. Carência de ação face a impossibilidade jurídica do pedido, vez que por possibilidade deste entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência da vedação, no direito vigente, do que se postula na causa. É imperativo que se reconheça restar afastado o usucapião. (19980110664890APC, Relator JERONYMO DE SOUZA, 3ª Turma Cível, julgado em 23/09/2002, DJ 23/10/2002 p. 55).

Essa solução jurisprudencial bem reflete o caráter híbrido da empresa pública Terracap, pois ela negocia e atua no mercado de compra e venda, exercendo atividade empresarial extremamente lucrativa, comprando e vendendo bens que a União e o Distrito Federal, únicas entidades acionistas, passaram para o nome da empresa, inclusive por via registrária. No entanto, por uma questão de controle administrativo, são afastadas as normas de direito privado que em regra seriam aplicáveis e que permitem todos os meios legais de alienação, para condicioná-la à prévia licitação, por se tratarem de bens públicos, salvo hipóteses legais de dispensa ou inexigibilidade, como é o caso das concessões reais de uso, cuja aplicação para a regularização fundiária no Distrito Federal ora se pretende demonstrar pertinente.

## **2 Da Impropriedade da Política de Concessão de Permissões Precárias**

A outorga de permissões precárias de uso de terra pública pelo poder público no Distrito Federal, sob o argumento de conceder efetivo direito de habitação às comunidades carentes, disseminada a tal ponto que permitiu a criação de verdadeiras cidades e regiões administrativas

autônomas, como é o caso do Paranoá e do Recanto das Emas, tem trazido consigo uma série de problemas jurídicos.

As permissões precárias de uso de terras públicas, prodigamente concedidas, seja pela Terracap, seja por qualquer outro órgão administrativo do DF criado para esse fim, permanecem com uma situação jurídica instável, o que definitivamente é insuficiente para trazerem segurança jurídica aos cidadãos que as recebem.

Pelo seu caráter precário, esses cidadãos, que muitas vezes nada tem, senão a terra cuja permissão de uso receberam, e onde ali erigiram sua habitação, não podem dar o imóvel em questão em garantia alguma, ficando alienados de qualquer crédito bancário.

Outrossim, na hipótese de falecimento do permissionário, as permissões não podem ser arroladas como bens passíveis de ser inventariados, porquanto os bens não pertenciam ao *de cuius*, mercê do caráter precário de sua situação.

Tampouco é possível, na hipótese de dissolução de entidade familiar, efetuar-se a partilha da terra, porque não constituía o bem usado como habitação uma propriedade do casal. Por isso, seria impossível vender o bem, em caso de sua alienação se fazer necessária. Por outro lado, sendo concedida *intuitu personae*, ausente previsão expressa de que se estende aos herdeiros, a permissão fica extinta *ipso facto*, impondo-se em tese a retomada do bem pelo poder público.

No TJDF, há decisões permitindo e também vedando a partilha de bens recebidos por meio dessas permissões. Leia-se, a título exemplificativo, as seguintes ementas:

UNIÃO ESTÁVEL. DIREITOS SOBRE IMÓVEL OBJETO DE OCUPAÇÃO POPULAR. PARTILHA.

Direitos sobre imóvel objeto de ocupação popular, situado em área que o poder público, titular do domínio, sinaliza com a regularização em favor dos ocupantes, tendo expressão econômica, é passível de partilha em caso de término de união estável havida entre os ocupantes. Apelação provida.

(20090810000647APC, Relator JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, julgado em 23/09/2009, DJ 30/09/2009 p. 92).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - PARTILHA - EXCLUSÃO DE IMÓVEL - LOTE PÚBLICO - AUSÊNCIA DE ESCRITURA - PROPRIEDADE NÃO COMPROVADA.

1. A ação que pleiteia partilha de bem imóvel tem como causa de pedir a propriedade, devendo compor a relação jurídico processual os pretensos titulares do direito real sobre o imóvel.
2. Demonstrado que o imóvel não pertence a nenhum dos litigantes, cuidando-se, na verdade, de lote público, impossível se revela a pretensão de partilhá-lo.
3. Correta a decisão que determina a exclusão de bem público, do qual um dos litigantes tem mera detenção.
4. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (20090020114964AGI, Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Cível, julgado em 22/10/2009, DJ 15/12/2009 p. 73).

No âmbito do MPDFT, essa questão tem sido objeto de controvérsia, tendo a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Cível realizado reunião em 05/11/2010 com os Promotores de Justiça das Varas de Família, em que ficou assentado que a opinião da maioria dos membros era de que as partilhas deveriam ser autorizadas, por uma questão de pacificação social e garantia de jurisdição. Essa mesma opinião foi identificada em enquete realizada na Intranet do MPDFT, aberta a todos os membros, durante o mês de dezembro de 2010, ocasião em que 65% dos membros entrevistados foram a favor da realização das partilhas e 35% contrários (BRASIL, 2010, 2011).

De fato, é inegável que deixar de realizar a partilha pode produzir, na prática, consequências trágicas. Não obstante, a impossibilidade de vender o imóvel objeto de partilha por leilão judicial torna a sentença inexecutável, se tiver de chegar à execução forçada, o que felizmente não constitui a maioria dos casos. Na jurisprudência, tem-se decidido pela impossibilidade jurídica do pedido, por se tratar de bem público,

levando-se em conta que não está o poder público obrigado a aceitar terceiros, por se tratar de ato discricionário, e pelo já referido caráter *intuitu personae* da permissão. Veja-se, *verbi gratia*, a seguinte ementa de acórdão:

EXECUÇÃO. CESSÃO DE DIREITOS AQUISITIVOS DE FRAÇÃO IDEAL EM LOTEAMENTO IRREGULAR. INADIMPLEMENTO DA CESSIONÁRIA. EXECUÇÃO. EMBARGOS. NULIDADE DO CONTRATO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. CPC 267 IV E VI.

Diante da nulidade do título executado, em face da ilicitude do objeto contratado e da impossibilidade jurídica do pedido, impõe-se a extinção da execução, nos termos do art. 267, IV e VI do CPC. Embargos à execução acolhidos. Apelo provido. (20030110092208APC, Relator WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, julgado em 24/05/2004, DJ 17/08/2004 p. 92).

OBRIGAÇÃO DE FAZER. OUTORGA DE ESCRITURA. IMPOSSIBILIDADE. IMÓVEL DO DOMÍNIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

- 1 - É juridicamente impossível pedido para compelir particular a outorgar escritura de imóvel do domínio público.
- 2 - Prejuízos decorrentes do inadimplemento da obrigação assumida em contrato de compra e venda do imóvel resolve-se em perdas e danos.
- 3 - Apelação provida. (20080510080802APC, Relator JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, julgado em 02/02/2011, DJ 10/02/2011 p. 146).

Toda essa precariedade coloca o cidadão pobre do Distrito Federal como um cidadão de segunda classe. Sem direito a crédito, sem uma segurança jurídica dos seus direitos para com o imóvel que utiliza, a Administração lhe concede a habitação algo como uma leniência e não como um direito. Nesse contexto, as permissões são, além de tudo, utilizadas como fator de clientelismo político e na criação de verdadeiros “currais eleitorais”, em que o governante se elege ou se mantém no poder pelas pessoas a quem deu as permissões, seja como forma de agradecimento, seja para que elas não percam os precários direitos que receberam.

Que as permissões de direito de uso concedidas pelo poder público tem caráter precário é indiscutível. A propósito, aponta a doutrina que essa precariedade assume um duplo sentido, conforme seja fixado ou não prazo para o uso. No primeiro sentido, é visualizada como possibilidade de revogação, ante a prevalência do interesse público, ainda que mediante indenização ao particular: “a) revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração, com ou sem indenização, e nesse caso, tanto as permissões como as concessões são sempre precárias.” No segundo sentido, em que o uso é concedido sem prazo, constitui consectário natural de sua própria natureza transitória: “b) outorga para utilização privativa do bem público sem prazo fixo, revogável, pois, sem indenização” (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 106).

Comentando esse “duplo sentido” da palavra precariedade, acima transcrito, distingue a doutrina:

A precariedade que está presente em todas as modalidades de uso privativo corresponde àquele primeiro sentido, pois mesmo que a outorga seja feita por contrato, com prazo determinado, é possível a sua revogação, por motivo de interesse público. No segundo sentido, de outorga de uso privativo sem prazo estabelecido, somente a autorização e a permissão podem ser precárias. Neste caso, a precariedade do uso encontra-se já na origem do ato de outorga; a Administração, ao consentir, por ato formal, a utilização privativa, já o faz com a nota da precariedade; o particular que recebe o consentimento já sabe que ele é dado em título precário, sem prazo estabelecido, e que por isso mesmo, pode ser retirado, a todo momento, pela Administração, sem direito a qualquer reparação pecuniária. (DI PIETRO, 2005, p. 601).

Consulte-se, no mesmo sentido, os seguintes arestos do TJDF e do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA DE IMÓVEL - BEM PÚBLICO - AUSÊNCIA DE ESCRITURA - PROPRIEDADE NÃO COMPROVADA - MERA CONCESSÃO DE USO - RESTRIÇÃO EXPRESSA QUANTO À POSSIBILIDADE

DE COMERCIALIZAÇÃO, CESSÃO, PERMUTA, ALUGUEL OU QUALQUER OUTRA OPERAÇÃO IMOBILIÁRIA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - SENTENÇA MANTIDA.

1. A ação que pleiteia a partilha de bem imóvel tem como causa de pedir a propriedade, devendo compor a relação jurídico processual os pretensos titulares do direito real sobre o bem.

2. Tratando-se de bem público, não há domínio nem posse do imóvel por particular, mas mera detenção, vez que seu uso só é possível na forma estabelecida em lei mediante autorização expressa e nas condições impostas no ato de autorização, permissão, cessão ou concessão de direito real de uso. Sendo bem público, é insuscetível de aquisição por particulares, logo, não pertence às partes litigantes, culminando com a impossibilidade da partilha-lo.

3. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (20080810043009APC, Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Cível, julgado em 07/07/2010, DJ 16/07/2010 p. 65).

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. CESSAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO DE USO CONCEDIDA AO PAI DOS IMPETRANTES. ATO QUE OS ALCANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

- MANDADO DE SEGURANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.  
- MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Dispondo da mera detenção do imóvel, os sucessores do permissionário não podem invocar direito líquido e certo contra a Municipalidade. Direito de retenção quanto às benfeitorias a ser discutido em sede própria.

2. Em mandado de segurança não se admite a condenação em honorários de advogado (súmula nº 105-STJ).

3. Indemonstrado o intento manifestamente protelatório dos embargos de declaração, exclui-se a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

Recurso ordinário parcialmente provido. (RMS 5.996/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2000, DJ 05/03/2001, p. 164).

A jurisprudência é mesmo unânime em afirmar o caráter precário de tais permissões de uso, o que motiva sucessivos indeferimentos de pedidos de proteção possessória contra o poder público, sob o argumento de se tratar na espécie de mera detenção. Mas, já se concedeu indenização por benfeitorias, como na decisão do TJDFT assim ementada:

AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRACAP. CHÁCARA. ÁREA PÚBLICA OCUPADA IRREGULARMENTE DESDE 1996. TOLERÂNCIA DO PODER PÚBLICO. BENFEITORIAS. CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO. VENDA DA ÁREA OU CONCESSÃO DE USO A PEDIDO DOS OCUPANTES. INDEFERIMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. TAXA DE OCUPAÇÃO. COBRANÇA INDEVIDA.

1. Formada a chácara irregularmente em área pública, sem autorização legal, pode a Terracap imitir-se na posse do imóvel através de ação reivindicatória. 2. Perdurando a ocupação da área pública desde 1996, por tolerância e omissão do Poder Público, os detentores têm o direito de ser indenizados pelas benfeitorias erigidas no imóvel. 3. A detenção irregular do bem público não enseja à Administração o direito de cobrar dos ocupantes taxa de ocupação, porque esta só pode ser exigida na realização de negócio jurídico. 4. Não pode o Judiciário obrigar a Terracap a vender a área ocupada ou a assinar termo de concessão de uso do imóvel em favor dos detentores, porque não pode substituir o poder discricionário da Administração. 5. Recurso da Terracap conhecido e desprovido. Recurso dos réus conhecido e parcialmente provido para condenar a Terracap a lhes pagar indenização pelas benfeitorias erigidas no imóvel. (20040110116217APC, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 3ª Turma Cível, julgado em 03/10/2005, DJ 07/03/2006 p. 101).

Existem, é verdade, algumas decisões do TJDFR reconhecendo proteção possessória de terras públicas, mas os litígios envolvem apenas particulares, e aí se declara apenas, dentre as partes privadas, a que tem melhor posse. Veja-se, neste sentido, a seguinte ementa:

CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA. IMÓVEL PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE JUSTO TÍTULO. OCUPAÇÃO CLANDESTINA. POSSE. INEXISTÊNCIA. DETENÇÃO. LÍTIPIO ENTRE PARTICULARES. RESOLUÇÃO. SITUAÇÃO DE FATO. ESTABILIZAÇÃO. PRESERVAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. MELHOR POSSE. ASSEGURAÇÃO. COISA JULGADA. AÇÕES DE NATUREZAS DIVERSAS. CARACTERIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A caracterização da coisa julgada, como forma de conciliação da necessidade de preservação da intangibilidade da decisão judicial e

resguardo da segurança jurídica como fórmula de alcance e preservação da paz social, exige a qualificação de perfeita identidade entre as partes que ocupam os vértices das ações, entre as causas de pedir, próxima e remota que ostentam, e entre os pedidos, mediato e imediato, que veiculam, não se qualificando quando os pedidos deduzidos numa e noutra lide, ainda que emergindo dos mesmos fatos, ostentam naturezas jurídicas diversas e não se identificam na sua formatação, no alcance e desiderato material (CPC, art. 301, §§ 1º, 2º e 3º). 2. Conquanto a ocupação de terra pública por particulares não induza posse, obstando que os ocupantes sejam qualificados como possuidores, consumada a ocupação e estabelecido dissenso acerca da detenção, o conflito é passível de ser resolvido via dos interditos possessórios como forma de materialização do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV). 3. A ocupação de área pública sem a prévia autorização do ente estatal que detém o domínio enseja a caracterização de detenção clandestina, emergindo da emolduração jurídica conferida aos fatos a inferência de que, em estando a situação de fato estabelecida há tempo, resultando na certeza de que os contedores puderam se acomodar nos quinhões destacados da área maior originalmente ocupada, a situação deve ser preservada como fórmula de privilegiação da função social da propriedade. 4. Apelação conhecida e desprovida. Unânime. (20080810075017APC, Relator TEÓFILO CAETANO, 4ª Turma Cível, julgado em 22/06/2011, DJ 05/07/2011 p. 86).

Além do princípio da inafastabilidade da jurisdição e da necessidade de preservação da paz social, a solução alvitrada também é escoreita do ponto de vista do direito civil, do direito das coisas, pois a posse por quem não é proprietário nem possui algum direito real sobre a coisa, nem contrato ou qualquer justo título, é considerada mero estado de fato.

A doutrina já se debruça sobre esse tema há muito tempo, sendo antológico o debate entre *Jhering* e *Savigny*, o primeiro sustentando que a posse é um interesse juridicamente protegido do qual decorre um direito substantivo de natureza real (teoria objetiva), e o segundo com uma visão combinada da posse, como estado de fato e direito pessoal (teoria subjetiva ou eclética), buscando a doutrina mais moderna

conciliar as teorias, entendendo que ora a posse constitui expressão de direito real (quando decorrer de quem possui direito real), ora é direito pessoal (em relações contratuais como a decorrente de locação), ora é um simples estado de fato, quando quem a exerce sequer tem direito pessoal a justificá-la:

Observamos que o fenômeno da posse ingressa no Direito através de três vias: a) posse real – seria a posse decorrente da titularidade da propriedade ou de outro direito real (v.g. usufruto, superfície); b) posse obrigacional – é a posse que advém da aquisição do poder sobre um bem em razão de relação de direito obrigacional (v.g. locação, comodato); c) posse fática – também chamada de posse natural, exercitada por qualquer um que assumo o poder fático sobre a coisa, independente de qualquer relação real ou obrigacional que lhe conceda substrato, sendo suficiente que legitimamente seja capaz de utilizar concretamente o bem (FARIAS; ROSENVALD, 2006).

### **3 Das Vantagens do Uso do Direito Real**

Para demonstrar a pertinência de se passar a utilizar, na regularização fundiária do Distrito Federal, o instituto da concessão real de direito de uso, mostra-se oportuno relembrar as diferenças entre os direitos reais e pessoais.

Como é curial, o direito real é um direito mais categorizado que o direito pessoal, com suas hipóteses elencadas na lei, em *numeros clausus*, porque tem uma série de atributos que o tornam superior: é absoluto, imediato, gera direito à sequela e à preferência.

Acerca do absolutismo dos direitos reais, assim ensina a doutrina:

O absolutismo é o traço básico no qual a dogmática sempre se apegou para apartar os direitos reais dos direitos obrigacionais, tradicionalmente marcados pela relatividade. Os direitos reais são excludentes, pois todos se encontram vinculados a não perturbar o exercício do direito real - *jura excludendi omnis alios*. De fato, nas obrigações não há poder jurídico sobre um objeto oponível a toda a coletividade. Pelo contrário, somente surge uma faculdade jurídica de um credor exigir uma atuação

positiva ou negativa do devedor, pautada em um comportamento. (FARIA; ROSENVALD, 2006, p. 3).

Portanto, o direito real produz eficácia *erga omnes*, ao contrário do direito pessoal que em regra somente produz eficácia *inter partes*. Todos estão sujeitos ao dever de abstenção de praticarem qualquer ato capaz de interferir na atuação do titular do direito real sobre o imóvel objeto desse direito.

Em face desse caráter absoluto do direito real, a posse que dele decorre, seja ele a propriedade ou qualquer outro direito real listado no art. 1.225 do Código Civil, é a chamada posse real, porque é oponível *erga omnes*. É a posse sobre a qual discorreu *Jhering* efetivamente, uma posse que constitui legítima expressão de um direito real, conquanto direito real autônomo não seja, tanto que não elencada dentre as hipóteses estatuídas no art. 1.225 do Código Civil.

É uma posse que traz segurança jurídica e paz social. A segurança de que goza o titular do direito real é inquestionável, mercê do amplo reconhecimento legal e judicial de sua condição de possuidor, assim contribuindo para facilitar a resolução dos conflitos fundiários e conduzindo igualmente para a sua diminuição, pois estando o direito real reconhecido e registrado no cartório do registro de imóveis em nome do possuidor, menos discussões acerca de posse ocorrerão.

Também relevante é o segundo importante atributo dos direitos reais, a sua imediatividade. Consiste no fato de que o titular de um direito real age diretamente sobre a coisa (*jus in re*), satisfazendo o seu direito, enquanto o credor de um direito pessoal depende da colaboração do devedor para a obtenção a satisfação do seu crédito.

Esse atributo também funciona como facilitador da defesa da posse, pois o titular do direito real toma posse imediata sobre a coisa, podendo inclusive defendê-la por desforço imediato, ou, não o fazendo,

tendo o direito de utilizar todo o arcabouço judicial de defesa que compõem as ações possessórias, como explica a doutrina:

Estes direitos aderem, de imediato, ao objeto (ou coisa) ao qual se referem (assim, quanto ao imóvel ou móvel possuído, a simples apreensão legítima, ou o registro, conforme o caso, bastam para a afliência de todos os direitos correspondentes, ou ações respectivas, em caso de violação). [...] De outra parte, as ações cabíveis ao titular do direito real violado têm o condão de permitir-lhe a retomada do bem ou reintegração da coisa a seu patrimônio, recompondo-o de pronto (assim as ações de reintegração de posse, de reivindicação e outras), a par de efeitos outros (como os de evitar ou impedir turbações ou ameaças, mantendo-se a coisa em poder do titular). (BITTAR, 2011, p. 18).

Ainda, como direito que liga diretamente uma pessoa a uma coisa, o direito real concede ao seu titular a chamada sequela, que é a prerrogativa de perseguir a coisa objeto do direito onde quer que ela se encontre, ainda que em poder de terceiros de boa-fé:

A inerência do direito real ao objeto afetado é tão substancial, a ponto de fazer com que o seu titular possa persegui-lo em poder de terceiros onde quer que se encontre; [...] A sequela decorre do absolutismo dos direitos reais, pois se posso exigir de todos um dever de abstenção, nada me impede de retirar o bem em poder daquele que viola tal comando; O titular [...], tendo em vista que a coisa estava afetada à sua atuação como titular de um direito real, [...] com registro prévio no ofício imobiliário, prescinde de ação pauliana ou revocatória para recuperar a coisa em poder de terceiros, justamente pela ineficácia de qualquer transação posterior perante o seu direito de sequela. Encontrando-se o bem previamente afetado em poder do seu titular, a sua atuação será automática, independentemente da pessoa que tenha ingerência atual sobre a coisa. (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 6-7).

A sequela completa o repertório legal de instrumentos que a ordem jurídica concede ao titular do direito real para fazer valer o seu direito sobre a coisa.

Acresce que a situação creditícia do titular de um direito real é sempre melhor em comparação com aquele que detém apenas

créditos pessoais, quirografários. Como ensina a doutrina, o direito de preferência “[...] consiste no facto de o direito real superar todas as situações jurídicas com o mesmo incompatíveis, posteriormente constituídas sobre a coisa em que incide e sem o concurso da vontade do titular daquele. Vale quanto aos direitos reais o critério da prioridade temporal do registo ou da constituição (*prior tempore potius jure*).” (COSTA, 2000, p. 112).

Ainda, o titular de direito real tende a conseguir mais crédito que o titular de direito pessoal, porque pode oferecer o seu próprio direito real em garantia de pagamento de empréstimo que contraia, se o título concessivo de seu direito real não vedar tal ação expressamente.

Todos esses atributos demonstram à saciedade como o direito real supera em muito o direito pessoal em vantagens, permitindo ao seu titular que exerça o uso do imóvel recebido e o utilize com a necessária segurança jurídica, ao invés de viver sob a pressão de condições jurídicas precárias, que pairam sobre si como uma espada de Dâmoques.

#### **4 Do Fundamento Legal para a Concessão Real de Uso**

De todos os instrumentos por meio dos quais o Estado confere o uso privativo de um bem público, a concessão real de uso é o instrumento mais estável que existe. Prevista originalmente no Decreto-lei nº 271, de 28/2/1967, essa forma de concessão constitui um contrato administrativo pelo qual o Estado atribui ao cidadão com quem contrata o direito real resolúvel de uso de imóvel público, para os fins que especificar o ajuste, desde que se trate de motivo de interesse social, como é o caso da garantia do direito à habitação, ainda que a própria Constituição Federal tenha criado concessão especial para esse fim, limitada, todavia, a um território de 250 metros quadrados de área urbana.

Como é intuitivo, a concessão real de uso difere das concessões de uso ordinárias – e da concessão especial de uso criada na Constituição Federal – porque naquelas a relação jurídica que nasce entre o poder público e o particular é tão somente de direito pessoal. Não obstante, como nas concessões de uso ordinárias, os objetivos da concessão real de uso devem ser rigorosamente observados pelo concessionário, sob pena de reverter o uso para o poder público concedente.

Sobre as regras que incidem em relação à concessão real de uso, ensina a doutrina:

O direito real oriundo da concessão é transmissível por ato inter vivos ou causa mortis, mas inafastável será a observância dos fins da concessão. O instrumento de formalização pode ser escritura pública ou termo administrativo, devendo o direito real ser inscrito no Registro de Imóveis. Para a celebração desse ajuste, são necessárias lei autorizadora e licitação prévia, salvo se a hipótese estiver dentro das de dispensa de licitação. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 879).

Outrossim, a concessão real de uso encontra-se elencada dentre as espécies de dispensa de licitação na Lei das Licitações, a Lei 8.666/93, em seu art. 17, inc. I, alínea “f”:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007).

Comentando o dispositivo supratranscrito, assim leciona a doutrina:

Dentro do Direito Público, as regras para a realização de alienação de bens pertencentes ao domínio público, estão postas na Lei nº 8.666/93, com suas alterações posteriores. A Seção VI trata “Das alienações”. No entanto o art. 17 trata, também, de situações que não são tecnicamente alienações. Vê-se isto na *alínea “f”* do inciso I26 do citado artigo pois a locação, a permissão de uso e a concessão de direito real de uso não podem ser consideradas alienações, mas apenas a transferência da posse direta do bem. Assim, percebe-se que a Lei de Licitações trata, ainda, das relações entre administrado e administrador no uso do bem público. O art. 17 diz quais são os requisitos e formas para realizar a alienação e o uso do bem público, conforme a categoria de móveis e imóveis. O *caput* de tal artigo determina que deve existir avaliação prévia e interesse público e estes requisitos valem para os dois tipos de bens. O regime de utilização do bem público permite que o titular transfira a outro órgão ou entidade da Administração Pública a posse direta do bem (al. “f” do inc. I do art. 17 da Lei nº 8.666/93). Está dispensada a licitação se o uso do bem for para implantação de programas habitacionais de interesse social, seguindo a política de desenvolvimento urbano traçada pela Constituição Federal de 1988, a qual dá prioridade para o respeito ao cumprimento da função social do imóvel urbano e deixa claro que este bem deve ser utilizado, precipuamente, para fins de moradia. (LIMA, 2002, p. 143-157).

Por seu turno, o Estatuto das Cidades (Lei 10.257/01) especificou as obrigações do Estado para com os cidadãos, figurando dentre elas a “regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais” (art. 2º, inc. XIV), tendo igualmente elencado a concessão real de uso dentre os instrumentos jurídicos e políticos de que o poder público pode levar mão para o cumprimento de sua função nessa seara (art. 4º, inc. V, alínea “g”).

Consoante se observa, para as comunidades pobres, a necessidade de prévia licitação para a alienação de lotes públicos fica excepcionada. Os cidadãos pobres podem ser beneficiados, em programas habitacionais sociais criados especificamente para esse fim, conferindo-se-lhes um verdadeiro direito à habitação, como realização da função social da propriedade.

Registre, ainda, a maior vantagem da utilização da concessão real de uso em relação à simples doação, igualmente permitida para as comunidades carentes, na forma do art. 31, inc. V, da Lei 9.636/1998.

Transportando a situação para o caso concreto, objeto do presente ensaio, segue-se que a União Federal, o Distrito Federal e a companhia na qual têm participação, a Terracap, não precisam se desfazer do patrimônio imobiliário que possuem, de imenso valor aquisitivo, o que constitui salutar medida de proteção do patrimônio público e proteção do Erário. Ainda, ao concederem uma concessão real de uso, por tempo indeterminado, podem retomar o imóvel se ocorrer desvio de finalidade, por exemplo, se ao imóvel for dado fim diverso que o da habitação.

De fato, essa vantagem econômica para o Estado não é ignorada pela doutrina, que salienta:

A concessão de direito real de uso salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizada às vezes sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas, ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 879).

E para os cidadãos que se tornarem concessionários, as vantagens serão imensas, pois terão reconhecido, no cartório do Registro de Imóveis, o seu direito à terra onde fixarem sua residência, diminuindo seus problemas creditícios, mercê da possibilidade de transmissão *inter*

vivos do direito real recebido, e resolvendo igualmente os problemas hoje existentes nas hipóteses de dissolução das famílias, por meio de divórcio ou dissolução de união estável, e também as questões sucessórias, pois o direito real é transmissível aos herdeiros e também por instrumento *causa mortis*.

## **Conclusão**

Urge que se resgate a dignidade dos cidadãos de baixa renda do Distrito Federal, dando-lhes a administração pública distrital não uma esmola ou uma moeda de troca eleitoral, mas um efetivo direito à habitação, com os consectários jurídico-legais que decorrem necessariamente dessa outorga.

É muito importante enfatizar, a propósito da menção do direito à habitação, que é inequívoca a obrigação do Estado de garantir aos cidadãos o direito a morarem de forma digna. Sobre a base constitucional dessa obrigação, releva lembrar que a Constituição Federal garante o acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana (art. 1.º III), bem como estabelece em seu art. 6º o direito social primário à moradia.

Acerca da importância da moradia, enfatizam a doutrina:

“O direito à moradia traduz necessidade primária do homem, condição indispensável a uma vida digna e complemento de sua personalidade e cidadania. Atua com eficácia normativa imediata, tutelando diretamente situações jurídicas individuais. É muito mais do que o “direito à casa própria”, pois, como direito fundamental de segunda geração (ou dimensão), envolve a necessidade do Estado de cumprir obrigações de fazer, centradas na prática de políticas públicas capazes de garantir um abrigo adequado, decente e apropriado a quem necessita de um mínimo vital.” (CHAVES; ROSENVALD, 2006, p. 50-51).

De fato, todos efetivamente moram em algum lugar, pois essa é uma condição existencial ínsita a todo ser humano. O papel do Estado, nesse contexto, é o de garantir que essa moradia seja digna, sendo oportuno se destacar que quando se fala em Estado aí está incluído também o Poder Judiciário e o Ministério Público, que tem um papel fundamental na implementação das políticas públicas e na busca da efetividade das garantias constitucionais. Não por outro motivo já tem destacado a doutrina que

“Se o Estado Democrático de Direito é caracterizado pela busca da efetividade dos direitos fundamentais, temos que essa linha de conduta é dirigida a todos os poderes constituídos, inclusive ao Poder Judiciário e Ministério Público. O processo constitucional tem a missão de propiciar eficácia imediata aos direitos fundamentais de natureza material (art. 5º, § 1º, da CF), incluindo-se aí o princípio da função social da propriedade (art. 5º, inc. XXIII, da CF).” (CHAVES; ROSENVALD, 2006, p. 52).

Destarte, para a realização desse ideal de justiça social, urge que a União Federal, o Distrito Federal e a Terracap passem a lançar mão do instituto da concessão real de uso, para outorgarem à população de baixa renda uma efetiva garantia de habitação, por meio de programas sociais, assim resolvendo significativa parcela do problema da regularização fundiária no Distrito Federal.

O Ministério Público, que por muitos anos privilegiou mais a tutela da coisa pública do que a realização do direito a habitação, tem, nos últimos anos, procurado conciliar todos os interesses envolvidos, sendo salutar que incremente a sua atuação extrajudicial, na fiscalização, acompanhamento e entendimento com órgãos do executivo, responsáveis pela gestão estatal, para que cumpram a Constituição Federal e a legislação de regência.

Nesse contexto é que se concebeu o presente ensaio, como uma tentativa de demonstração da existência de soluções legais *de lege lata*

ainda não experimentadas ou utilizadas pelo poder público, malgrado a sua pertinência e as suas inúmeras vantagens. Pugna-se, destarte, pela adoção imediata do modelo das concessões reais de uso, como medida para otimizar a regularização fundiária no Distrito Federal.

### **The granting of real right of use on the land tenure in federal district**

**Abstract:** Half a century later Brasília's inauguration, it is already Brazil's fourth largest city, including its metropolitan area, with a population near 3 million people. But Brasília's unplanned development brought many land tenure issues. Entire cities were created without knowing whose the land belonged to – The District Government or Federal Government. For decades, it has been discussed how best to ensure Brasília's citizens the constitutional right of having a home. Despite of some progress achieved in the last five years, poor usage permissions granted some issues, like credit restriction as well as issues on Family Law and Inheritance, because when they die or divorce, neither the land, nor the house can be sold or auctioned. By granting the real right of use, as provided in the event in the City Statute and current law, the Federal Government and the Federal District will give a decisive step towards the regularization of public lands located in Brasília.

**Keywords:** Administrative Law. Land Tenure. Public Concession of title of entry. Right to Habitation. Poor communities. Brasília. Urban planification.

### **Referências**

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Cível. *Ata da Reunião Extraordinária de 05/11/2010, com os Promotores de Justiça das Varas de Família*. Brasília, 05 nov. 2010.

BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Secretaria de Planejamento do MPDFT. *Memorando n. 006*. Brasília, 02 fev.

2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 8. ed. Lisboa: Almedina, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 8.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LIMA, Márcia Rosa de. A concessão real de uso como instrumento jurídico de defesa do patrimônio público e implementação de política local. *Revista Interesse Público*, ano 4, n. 15, p. 143-157, jul./set. 2002.

---

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

Gonçalves, Vitor Fernandes. A concessão de direito real de uso na regularização fundiária do Distrito Federal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 5, p. 9-32, 2011. Anual.

---

**Submissão:** 08/08/2011

**Aceite:** 17/10/2011

---

# Ébano e Marfim: a Justiça Restaurativa e o TPI Orquestrados para a Paz Sustentável em Uganda

**Raquel Tiveron**

Promotora de Justiça do MPDFT. Doutoranda em Direito das Relações Internacionais no UniCeub – Brasília – DF.

**Resumo:** O conflito em Uganda é uma das maiores questões humanitárias do nosso tempo, em razão das campanhas de terror instituídas por rebeldes e pelo próprio exército contra a população ugandense, que incluem assassinatos, tortura, mutilações, deslocamentos de civis, incêndio de suas casas, sequestro de crianças, estupro de mulheres e saqueio de colheitas e animais. Estima-se que em vinte anos de conflito, dezenas de milhares de ugandenses morreram em razão dele e quase dois milhões encontram-se refugiados. As soluções propostas para resolver o problema - concessão de anistia e julgamento pelo Tribunal Penal Internacional (TPI) - são insuficientes, pois apesar da justiça prometida, não asseguram a paz, que perpassa por questões sensíveis como a reintegração dos ex-combatentes e a restauração da vida em sociedade. O recurso a uma prática restaurativa local - o “mato oput” - seria eficaz para este fim, bem como para solucionar outros problemas estruturais subjacentes ao conflito e evitar o retorno à violência, respeitando as peculiaridades históricas, sociais e culturais do país. Associar métodos tradicionais de solução de litígios como o TPI ao modelo local é uma forma de equilibrar as necessidades imediatas de responsabilização e de solução do conflito com a demanda de justiça e paz duradoura para Uganda.

**Palavras-chave:** Uganda. Conflito. Tribunal Penal Internacional. Justiça Restaurativa.

**Sumário:** 1 Origens e Peculiaridades dos Conflitos no Continente Africano. 2 O Conflito em Uganda: um Caso à Parte. 3 Buscando mais do que Justiça: a Construção da Paz. 3.1 A Anistia: a Proposta Oficial. 3.2 A Segunda Via: o TPI. 3.2.1 O Primeiro Desafio da Atuação do TPI em Uganda: A Prescrição dos Crimes Investigados. 3.2.2 TPI: uma Forma de Colonialismo Moderno? 3.2.3 O TPI como Instrumento de Internacionalização e Contra a Universalização do Direito. 3.3 Justiça Restaurativa: uma Opção Autêntica. 3.3.1 O Modelo Restaurativo Africano. 3.3.2 A Justiça Restaurativa Pode Superar a Amargura Causada por Crimes Contra a Humanidade? 4 Formas de Operacionalizar a Conciliação do TPI com a Proposta Restaurativa. 5 Conclusões.

## 1 Origens e Peculiaridades dos Conflitos no Continente Africano

As guerras civis na África constituem um fenômeno bastante complexo e chamam a atenção principalmente pela violência e brutalidade de suas batalhas; pela pobreza característica da população local; e pelo aumento significativo do número de embates desde a década de 1990, em especial dos ataques contra civis (LWANGA-LUNYIIGO, 2001).

Quanto ao primeiro quesito, campanhas de terror são instituídas em larga escala e incluem assassinatos, estupros, deslocamentos de civis e a destruição de espaços. Além das fatalidades imediatas do combate, cidadãos fenecem também devido a outras consequências diretas da guerra, como a pobreza e a desnutrição, seja em virtude das más condições sanitárias, seja durante o acampamento, o deslocamento ou a detenção, sem mencionar as infecções por doenças sexualmente transmissíveis e AIDS, contraídas em razão da violência sexual.

Do ponto de vista econômico, as razões para o conflito residem não só na pobreza e na desigualdade social fomentada pela economia mundial pós-Guerra, mas também na ganância de líderes locais e regionais. Esta avidez se manifesta na exploração dos recursos naturais, na tributação da ajuda humanitária e no financiamento do combate por terceiros interessados. A guerra, em alguns momentos, assemelha-se mais a um desejo de maximizar os ganhos do que um surto de ódio e ressentimento (THESING, 2009).

Além dos ganhos econômicos, impulsionados pela lógica da racionalidade presente em toda conflagração, a beligerância africana é movida particularmente por questões outras – culturais, sociais, pessoais e históricas –, que exigem uma intervenção diferenciada para a sua solução. A história nos mostra que a África foi desde sempre

um território conquistado e explorado pelas potências coloniais que, para administrar as colônias, optaram por “dividir para reinar”. Como resultado desta estratégia de administração indireta, restaram profundas clivagens entre as categorias privilegiadas e reprimidas da população, em muitos casos, não superadas até hoje e que causam os embates. O histórico de conflitos violentos na África indica que, para uma ordem ser sustentável, é importante ter em conta a necessidade de transformação dessas clivagens. Consequentemente, a propositura de abordagens para solução de conflitos no continente deve considerar a condição histórica e social das batalhas, bem como os fatores de sua perpetuação, os ganhos econômicos e os demais interesses que se influenciam mutuamente. Assim, em que pese os países em geral terem ao seu dispor uma gama de métodos para a solução de controvérsias – judiciais e não-judiciais, como o julgamento por um órgão jurisdicional nacional ou internacional, a arbitragem, ou a assinatura de acordos de paz – estes são insuficientes para por fim ao conflito subjacente às guerras africanas, que exige uma intervenção que considere esta peculiaridade histórica e cultural.

## **2 O Conflito em Uganda: um Caso à Parte**

A República de Uganda situa-se numa região de frequentes conflitos étnicos, na África Oriental, fazendo divisa com o Sudão, Quênia, Tanzânia, Ruanda e a República Democrática do Congo. Uganda abriga muitos grupos nativos diferentes (mais de quarenta), mas nenhum deles constitui maioria na população. A população atual é muito jovem, com média de quinze anos de idade, e estimada em 32,4 milhões de habitantes. As várias etnias que compõem a nação ugandense são classificadas de acordo com semelhanças linguísticas. O

inglês é a língua oficial, mas cerca de quarenta idiomas diferentes são falados e atualmente em uso no país.<sup>1</sup>

O atual presidente de Uganda é Yoweri Kaguta Museveni, eleito democraticamente em 1996, com 75% dos votos válidos. Entretanto, anos antes, em 1986, Museveni tomou o poder em Uganda, por meio de uma rebelião conduzida pelo Exército, também conhecido por *Uganda People's Defense Forces* (UPDF). Na ocasião, tomou um país recordista em violações dos direitos humanos, uma economia abandonada e um passado marcado pela violência e sofrimento. Até a tomada de poder por Museveni, em 1986, Uganda foi submetida a ditaduras ferozes e a esperança de que o país iria finalmente retornar à paz com Museveni era grande. No entanto, embora grande parte da população o apoiasse, a milícia rebelde conhecida como Exército de Resistência do Senhor ou *Lord's Resistance Army* (LRA), conduzido pelo profeta autoproclamado Joseph Kony, resistiu à tomada de poder por Museveni (GINGYERA-PINYCWA, 1999).

O povo acholi do norte e nordeste de Uganda foi acusado de colaboração com exército de resistência de Kony (LRA) e, em 1987, Museveni ordenou que suas tropas matassem e saqueassem os acholi em busca de rebeldes contra o seu governo. Ficou comprovado que o próprio exército ugandense foi o responsável por violações humanitárias contra o seu povo acholi, tais como: tortura, sequestro de civis, massacres, assassinatos à vista das vítimas, incêndio de suas casas, estupro de mulheres e saqueio de colheitas e animais.

Como não bastasse o terror implantado pelas tropas de Museveni, os rebeldes do LRA também intensificaram suas atrocidades contra

---

1 Fonte: Uganda Bureau of Statistics. Disponível em: <<http://www.ubos.org/index.php?st=page&relations&id=16&p=related%20pages:Demographic%20Statistics>>. Acesso em: 15 fev 2011.

os acholi. O LRA alega que os acholi são colaboradores do governo e que essa delação deve ser paga em sangue. Desde então, os rebeldes do LRA têm aterrorizado os acholi: cortam suas pernas para impedi-los de ir até as autoridades públicas denunciá-los; cortam os braços sob o argumento de que podem ser usados para pegar armas em favor do governo; amputam-nos a pretexto de impedi-los de trabalhar aos domingos (dizem, viola o ensinamento da Bíblia Sagrada, o qual afirmam seguir); sequestram e transformam em soldados crianças a partir dos cinco anos de idade; as crianças que não podem transportar as cargas pesadas oriundas de saques são brutalmente assassinadas por outras com paus ou facões (este procedimento é feito para incutir o medo nas crianças e desestimulá-las a voltar para casa). As Nações Unidas estimam que os rebeldes recrutaram até agora mais de 20.000 crianças em suas fileiras.<sup>2</sup>

O governo intensificou o terror contra seu povo, em 1996, quando ordenou que todos os acholi desocupassem suas casas nas aldeias e se dirigissem imediatamente aos campos de concentração, sob pena de enfrentarem “as consequências”. Os que tardaram em deixar suas casas foram bombardeados por tanques e helicópteros e obrigados a refugiarem-se em acampamentos. Nos acampamentos, as tropas do governo prenderam e agrediram homens suspeitos de serem rebeldes, bem como violentaram as mulheres, incluindo menores de 15 anos de idade. Os detidos não são autorizados a deixar o acampamento, tampouco têm para onde ir, uma vez que suas casas já foram destruídas pelo exército do governo, que deveria protegê-los (ESSONGOU, 2007).

---

2 UNIC - United Nations Information Centre - Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://unic.un.org/imucms/rio-de-janeiro/64/402/norte-de-uganda-principais-passos-para-a-paz-em-um-conflito-que-comecou-ha-decadas.aspx>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

O conflito, um dos mais longos já vistos, resultou em uma crise humanitária severa. Estima-se que, durante uma vintena de anos, a disputa tenha causado a morte de dezenas milhares de ugandenses e quase dois milhões de refugiados. Demais disso, o confronto alastrou-se para o sul do Sudão e para a República Democrática do Congo. Estima-se que, desde o início das tratativas de paz, em 2006, um milhão de pessoas voltaram para Uganda, porém, cerca de 850 mil continuam vivendo em campos de refugiados, segundo informações do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).<sup>3</sup> O envolvimento do próprio exército ugandense fez com que a confiança no governo de Museveni e nas suas forças armadas fossem exaustivamente minados.

No final de 2003, autoridades ugandenses representaram perante o Tribunal Penal Internacional (TPI) para que a Corte investigasse e processasse as atrocidades cometidas pelos rebeldes do LRA. Instigado por esta representação, o Procurador do TPI Luis Moreno Ocampo<sup>4</sup> acusou formalmente cinco líderes rebeldes - Joseph Kony, Okot Odhiambo, Dominic Ogwen, Vincent Otti e Raska Lukwiya<sup>5</sup> - e contra eles requereu ordens de prisão, que foram expedidas, mas não cumpridas até hoje.

### **3 Buscando Mais do que Justiça: a Construção da Paz**

Dentre as alternativas para promover a paz e a justiça em ambientes conflituosos como Uganda, trataremos de três mais especificamente,

---

3 Ibidem.

4 Ocampo é argentino, tem 58 anos de idade e foi o primeiro a ocupar o cargo de Procurador-geral do TPI. O Tribunal encontrou dificuldades para preencher esta vaga. No período inicial aberto a candidaturas, nenhum Estado apresentou interessados. Foi somente na segunda tentativa, entre Março e abril de 2003, que o TPI recebeu do governo argentino a indicação de Ocampo. Em contraste, para as 18 vagas de juizes, o TPI registrou 43 candidaturas.

5 Raska Lukwiya faleceu durante o curso do processo.

assinalando suas vantagens e desvantagens: a atuação do Tribunal Penal Internacional-TPI solicitada pelas autoridades ugandenses, a concessão de anistia pelo governo do país e o uso de práticas restaurativas locais, como o “mato oput”.

### 3.1 A Anistia: a Proposta Oficial

Em 21 de janeiro de 2000, foi promulgada a lei de anistia ugandense (“Uganda amnesty act”), que oferece perdão a todos os cidadãos envolvidos na prática de atos de rebelião contra o Governo do Uganda desde 26 de janeiro de 1986. A lei apresenta uma resposta radical aos conflitos em curso no país e busca equilibrar as necessidades imediatas de resolver os conflitos com as demandas de longo prazo de justiça. Com ênfase no perdão, a anistia apresenta um forte contraste com as formas retributivas ou punitivas de justiça, cada vez mais presentes quando se trata de proteção internacional dos direitos humanos. Para se beneficiarem com a remissão oferecida pela lei, os rebeldes devem abandonar e renunciar os seus crimes<sup>6</sup>. A grande vantagem prática da anistia é que mais de dezessete mil milicianos já aderiram a ela, e na medida em que o fizeram, foram paulatinamente reintegrados às suas comunidades<sup>7</sup>.

A concessão de anistia, entretanto, tem sido alvo de severas críticas. A jurisprudência internacional sobre direitos humanos é claramente contrária a ela, especialmente por se tratar de graves violações de direitos humanos. A tendência hodierna é a de proibir anistias nestes

---

6 Artigo 4º da Lei de Anistia. Disponível em: <[www.c-r.org/our-work/accord/northern-uganda/documents/2000\\_Jan\\_The\\_Amnesty\\_Act.doc](http://www.c-r.org/our-work/accord/northern-uganda/documents/2000_Jan_The_Amnesty_Act.doc)>. Acesso em: 29 nov. 2010.

7 Dados registrados pela organização Anistia Internacional. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/region/uganda>>. Acesso em: 30 nov. 2010.

casos<sup>8</sup>. Essa proibição é baseada na ideia de que a anistia corresponde à impunidade e que minaria a eficácia das normas internacionais.

Outra censura feita à anistia é que ela foi útil para por fim ao conflito em Uganda, mas ainda não foi capaz de conduzir a uma mudança social: ex-combatentes ainda são marginalizados e a sua reintegração no seio da comunidade é complexa. O conflito em Uganda possui a especificidade de não se poder distinguir muito bem os ofensores das vítimas, pois grande parte dos milicianos, em verdade, foi vítima de sequestro e forçada a cometer crimes. Muitos deles foram obrigados a matar seus próprios familiares, parentes e membros da aldeia em que viviam como forma de iniciação para ser membro do LRA. Caso não o fizessem, eles se colocariam em perigo perante o grupo rebelde.

A Lei da Anistia concede-lhes perdão e, portanto, o combatente é autorizado a voltar para sua comunidade. Todavia, isso não é suficiente, pois ele terá de enfrentar a vida na comuna e voltar a conviver os sobreviventes e familiares de suas vítimas. A anistia é útil para os que pretendem assumir suas práticas delituosas, no entanto, ela não proporciona a construção de confiança entre as partes, tampouco compensação ou restauração. Além disso, a pobreza contribui para a recusa no acolhimento dos ex-milicianos. Apesar do desenvolvimento econômico prometido por Museveni, a região é propensa à fome e à pobreza. Por causa da guerra prolongada, o Estado e a iniciativa privada perderam o dinamismo econômico. Dessa forma, as pessoas são obrigadas a voltar para o campo, abrigando-se em “campos de deslocados”. Alguns ex-combatentes, depois da experiência violenta

---

8 Por exemplo, a Constituição Federal de 1988 considera crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII).

e agressiva da guerra, acabaram voltando para a mata e deixaram de adaptar-se à vida em comunidade.

Assim, do ponto de vista da reintegração dos ex-combatentes e de restauração da vida em sociedade, nem o TPI, nem a Lei de Anistia têm capacidade de solucionar com a questão, pois, como visto, a rescisão de um conflito, para ser sustentável, exige mudanças na própria identidade do indivíduo e na sua relação com o grupo, de forma que só um procedimento “restaurativo” pode oferecer.

### 3.2 A Segunda Via: o TPI

O TPI é parte de um processo lento, complexo e evolutivo de internacionalização do direito penal, e concretiza o esforço de elaboração de um direito penal internacional comum, de definição dos crimes internacionais e da criação de uma Corte internacional de caráter permanente. Neste processo, o TPI é, mais especificamente, fruto do que se pode chamar de hibridação, ou seja, de uma espécie de internacionalização que pressupõe a junção dos vários “direitos nacionais” de seus Estados-partes em um direito unificado. Por meio dela, cria-se um corpo normativo internacional (no caso, o Estatuto de Roma), que orienta os seus signatários para o ajuste e aperfeiçoamento da sua legislação penal nacional (DELMAS-MARTY, 2004, p. 20).

A Conferência Diplomática para aprovação do Estatuto do TPI se deu em Roma, de 15 de junho a 17 de julho de 1998, da qual participaram delegados de 162 Estados-membros das Nações Unidas, de diferentes sistemas legais e com diversidade de posicionamentos.

Nesta Conferência tomaram parte, além de representantes dos Estados-membros, também delegados de 260 outras organizações não-governamentais. Para se ter uma ideia da relevância e da urgência da conclusão dos trabalhos para a instituição do Tribunal, todo o processo

de discussão do Estatuto de Roma desenvolveu-se em apenas cinco semanas. A entrada em vigor do TPI em tempo recorde, em 1º de julho de 2002, demonstra verdadeira vontade política de se criar uma jurisdição penal internacional.

O TPI representa uma conquista concreta para a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos, em especial contra violações graves, a saber, os crimes de genocídio, de guerra, contra a paz e contra a humanidade. Reza literalmente o Estatuto de Roma que a criação do TPI foi feita em consideração aos milhões de crianças, homens e mulheres vítimas de “atrocidades inimagináveis”, que chocam profundamente a consciência da humanidade, como é o caso de Uganda.

Uma questão que se coloca é a da iniciativa para se provocar a atuação do Tribunal. De acordo com o artigo 13 do Estatuto de Roma, o TPI poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes de sua competência, seja por iniciativa própria do seu Procurador, seja porque um Estado-parte denunciou uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de crimes. A prerrogativa do procurador de investigar crimes da competência do TPI e denunciar à Corte determinados casos encontrou enorme resistência, especialmente pelos Estados Unidos. Temia-se que o procurador pudesse utilizar a Corte para fins políticos. Argumentou-se que ele poderia levar à Corte assuntos levianos, visando embaraçar os Estados e, portanto, atentar contra sua soberania, já que estaria protegido por sua função. Para alcançar a harmonização sobre esse aspecto foi necessário impor uma série de restrições à liberdade de ação do promotor. No caso de Uganda, a questão da iniciativa restou atendida e não constitui empecilho para a atuação do TPI, já que foram as próprias autoridades ugandenses

representaram perante a Corte em 2003. Neste ponto de vista, a atuação do Tribunal é legal e oportuna.

Ainda com relação à atuação do TPI cabe mencionar que ela é suplementar, ou seja, a Corte só intervém quando um Estado-membro não tem vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou quando ele não tenha capacidade para fazê-lo, nos termos do artigo 17 do Estatuto de Roma. A intenção é evitar ao máximo a interferência da Corte nos sistemas judiciais nacionais, para quem permanece a responsabilidade de processar e julgar os crimes, fato que diferencia o TPI dos demais tribunais *ad hoc*<sup>9</sup>. Portanto, neste aspecto, a atuação do Tribunal é justificável, pois tivesse Uganda a capacidade de julgar os responsáveis pelos crimes perpetrados em seu território, a intervenção do Tribunal estaria dispensada, eis que suplementar.

### 3.2.1 O Primeiro Desafio da Atuação do TPI em Uganda: a Prescrição dos Crimes Investigados

A primeira dificuldade diz respeito à prescrição dos crimes investigados (que datam de mais de vinte anos atrás). A maioria dos delitos data de antes de 2002, ano de criação do Tribunal. Assim, os conflitos étnicos que se iniciaram em 1987 e se estenderam até 1º de julho de 2002, não estão, em princípio, sujeitos à jurisdição da Corte. Isto porque o Estatuto de Roma adotou o princípio da não-retroatividade, segundo o qual nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável por uma conduta anterior à entrada em vigor do tratado (artigo 24 do Estatuto de Roma).

---

9 Como por exemplo os tribunais para Ruanda e para a ex-Iugoslávia.

### 3.2.2 TPI: uma Forma de Colonialismo Moderno?

O terceiro obstáculo que o TPI tem que enfrentar são as críticas quanto à sua isenção e legitimidade para julgar o conflito ugandense. O caso de Uganda é um dos dez que o TPI possui em andamento atualmente. Chama atenção o fato de que todos os processos em curso são relativos a países situados no continente africano<sup>10</sup>. Este é o primeiro grande desconforto gerado pelo TPI, especialmente entre os Estados-membros da União Africana (UA). A suspeita é de que este fato represente “um colonialismo ocidental”, já que o Tribunal tem atuado apenas contra líderes africanos.

Argumentam os africanos que, enquanto seus compatriotas são processados perante o Tribunal, as violações aos direitos do homem em outros locais no mundo permanecem impunes e sem apuração. Por outro lado, questionam ainda o fato de que, com o TPI, os africanos são levados para longe do local do crime (no caso Haia, na Europa), a fim de serem submetidos a julgamento, do qual participam praticamente apenas advogados e juízes estrangeiros, alheios à peculiaridade da sua cultura e realidade. Por esta razão, durante uma das conferências da UA, Líbia, Senegal, Djibouti e Camarões manifestaram a intenção de retirarem-se do TPI. O incômodo gerado com este protesto foi tão grande, que ensejou uma manifestação oficial do Tribunal, a fim de se defender da acusação de ser “uma ferramenta do Oeste com o propósito de subjugar líderes do continente africano e promover um programa imperialista.”<sup>11</sup>

---

10 São eles: quatro no Congo, um na República Centro-Africana, um em Uganda e quatro no Sudão.

11 Folha de Informação Oficial do TPI: África e o Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.iccnw.org/documents/Africa\\_and\\_the\\_ICC\\_Portuguese.pdf](http://www.iccnw.org/documents/Africa_and_the_ICC_Portuguese.pdf)>. Acesso

Como afirmado, os africanos possuem tradicionalmente sua própria maneira de fazer justiça e de resolver litígios, que é conduzida por líderes locais. Entretanto, devido à influência ocidental, a tendência é de ignorar os chefes tradicionais e suas crenças para em seu lugar adotar o modo “ocidental” de resolução de litígios, o judicial.

Quanto a este aspecto, a gestão de conflitos deve, em primeiro lugar, ser praticada e fomentada dentro das próprias sociedades, em detrimento da importação de modelos externos. A globalização, com o seu característico aumento da mobilidade de bens e pessoas devido à oferta de transportes e telecomunicações, contribuiu para o aumento crescente do que se pode chamar de um “colonialismo” moderno (RICHARDS, 2005). Na África em especial, a influência ocidental impactou as culturas locais e o conhecimento tradicional, em virtude da introdução forçada de valores concorrentes e às vezes conflitantes com os africanos, como se verá adiante. Não se defende aqui um retorno a um passado romântico, anterior às influências externas, mas sim que, como sempre e em toda parte, as tradições locais se desenvolvam ao longo do tempo por meio de estímulos internos e externos.

A polêmica não é só pelo fato da atuação do TPI ser apenas em desfavor de líderes africanos e não contra outros líderes mundiais, mas diz respeito à própria judicialização do conflito, já que, para os ugandenses acholi, o procedimento judicial constitui um retrocesso ao processo de paz iniciado com o “cessar-fogo” de 2006. Exemplo desta controvérsia foi o debate, ocorrido em setembro de 2006, entre o subsecretário-geral das Nações Unidas para as questões humanitárias Jan Egeland e o chefe de um campo de 25 mil refugiados do norte de Uganda. Na ocasião, o líder asseverou que seu povo não queria o TPI e sim a paz. Em resposta, Egeland argumentou que era necessário que a justiça fosse assegurada

a eles. “Sem dúvida”, respondeu seu interlocutor, que retrucou quanto à efetividade do TPI: “mas o julgamento de cinco pessoas nos trará de volta aqueles que perdemos? O TPI vai nos devolver a paz? Ou favorece a continuação da guerra?” (ESSONGOU, 2007).

A dúvida e a insatisfação com a atuação do TPI no continente foi novamente manifestada por ocasião da 15<sup>a</sup> Cúpula de Chefes de Estado e de Governo, realizada entre 15 e 27 de julho de 2010. Na ocasião, a União Africana - UA formalmente se recusou a criar um gabinete de ligação do TPI na UA, bem como ameaçou de sanção os Estados-partes africanos do Estatuto de Roma que se afastarem das decisões da UA<sup>12</sup>. Outro ponto em que a UA mostrou-se pertinaz foi quanto à alteração do artigo 16 do Estatuto de Roma, a fim de que outros organismos da ONU possam pedir a suspensão da ação penal do TPI, em caso de inércia pelo Conselho de Segurança. Este pedido de providência vem ao encontro do desejo africano de distanciamento da atuação do TPI naquele continente<sup>13</sup> e a favor da ação de mecanismos de justiça locais. Não foi por acaso que Campala foi eleita como a sede desta Conferência. O objetivo visível da escolha da capital ugandense foi o de minimizar a rejeição do continente africano ao TPI ao tempo em que enalteceu a sua importância para o Tribunal. Esta Convenção visou atender ao disposto no artigo 123, parágrafo 1º, do Estatuto de Roma, que determina que, sete anos após a entrada em vigor do tratado, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convocaria uma

---

12 Devido à sua alta sensibilidade, a atuação do TPI na controvérsia tem sido cautelosa e discreta e se reflete até mesmo nas suas instalações físicas. Notícia a imprensa que o escritório do TPI em Campala não tem sua localização divulgada, se assemelhando mais a um “esconderijo”. Os jornalistas, por exemplo, podem apenas enviar seus questionamentos via internet e então recebem as respostas.

13 Fonte: 15th *Summit of Heads of State and Government*. Disponível em: <http://www.african-union.org/root/au/conferences/2010/july/summit/15thsummit.html>. Acesso em: 10 fev 2011.

Conferência de Revisão para examinar qualquer alteração no tratado<sup>14</sup>. Os Estados Unidos, China e Rússia - em que pese serem membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU - não integram o grupo dos 111 Estados-partes do TPI, mas puderam participar da Conferência na condição de observadores (YIP, 2010).

Durante a Conferência de Campala discutiram-se propostas de emenda ao Estatuto, bem como foi feito um balanço da atuação do TPI até o momento. Quando da confecção do Estatuto de Roma, logrou-se definir o que seriam os crimes de genocídio, contra a humanidade e os de guerra, mas não foi possível alcançar um consenso sobre a definição dos crimes de agressão, visto se tratar de um conceito fluído, que envolve valores políticos e conflitantes. Sete anos depois, nesta Conferência de revisão em Campala, permaneceu a indefinição quanto a estes crimes<sup>15</sup>. Em se tratando o TPI de fruto de um processo de internacionalização do direito, a dificuldade de obtenção de um consenso sobre definições é esperada. Em casos como tais, o ideal é proceder à harmonização do conceito de crimes de agressão de acordo com os diversos sistemas jurídicos dos países-membros, ou seja, realizando uma aproximação entre todos, em que pese sabermos que o recurso a esta técnica não suprimirá por completo todas as diferenças. A harmonização auxiliaria na proteção de um valor comum a todos os Estados – a integridade e a dignidade da vida humana – e por meio dela, todos estariam aptos a cooperar mais efetivamente com esta proteção. Esta solução é mais facilmente aceita do que a simples unificação dos sistemas que, diferentemente da harmonização, conferiria tratamento idêntico ao

---

14 Declaração de Campala. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/ronlyres/C35392FF-E272-4761-94D0-3878A911E9BC/0/RC4ENG.pdf>>. Acesso em: 26 nov 2010.

15 Segundo o art. 123 do Estatuto de Roma, a revisão programada poderia incidir nomeadamente, mas não exclusivamente, sobre a lista de crimes que figura no artigo 5º, na qual se incluem os crimes de agressão.

assunto em âmbito mundial, o que não é desejável no caso. Somente por meio de métodos de internacionalização que considerem a pluralidade e as diferenças (como a dita harmonização, a hibridação ou o diálogo entre juízes) é possível ordenar as dissensões do cenário internacional anárquico e se criar um “pluralismo ordenado” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 49).

Assim, a mesma técnica empregada para se obter o consenso sobre a definição dos crimes pelo TPI podem ser utilizadas para harmonizar o seu procedimento de acordo com as práticas locais de determinado país em que atua, abrindo um espaço para o que se chama de “margem nacional de apreciação” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 406).

### 3.2.3 O TPI como Instrumento de Internacionalização e Contra a Universalização do Direito

O inconformismo dos Estados-membros da UA é pertinente, já que para alcançar a legitimidade pretendida, o TPI deve preocupar-se em congregar valores comuns. O Tribunal, contudo, deve ir mais adiante e reequilibrar os poderes jurídicos e econômicos, a fim de impor a independência e a imparcialidade ao seu julgador, como é também desejado nos níveis nacional e regional (DELMAS-MARTY, 2004, p. 10). É latente, portanto, o risco de um direito comum hegemônico, imposto de forma unilateral pelos Estados mais fortes por meio do TPI.

A globalização ao tempo em que possibilita o surgimento de um direito comum pluralista também pode, paradoxalmente, favorecer o renascimento de um modelo imperial próprio do passado (DELMAS-MARTY, 2004, p. 14).

Dessa forma, qualquer outro tipo de modelo de justiça imposto a eles seria também uma forma de “imperialismo”, a qual refutam com veemência. O ideal para o caso seria a relativização deste modelo

universal, de forma a adequá-lo a esta realidade, situada dentro de um espaço (Uganda) e dentro de um tempo (a atualidade e não há 20 anos, quando iniciaram os conflitos étnicos), fenômeno denominado juridicamente de “margem nacional de apreciação”. Por meio deste recurso, seria possível a relativização do universal, no dizer de Delmas-Marty (2004, p. 206).

Impor o TPI para a solução do conflito ugandense sem levar em conta as especificidades locais é fomentar a universalização do direito e não a sua internacionalização. Esta pressupõe uma dialética com as particularidades do caso e os valores das populações envolvidas e não a sua imposição ideológica. Sobre a universalização, já advertia Ost (2001, p. 6), o risco de ser este um conceito ideológico, universal, que visa reinterpretar o resultado da globalização como uma oportunidade para um “sentido comum” ampliado na linha do universalismo moral do Iluminismo, cujos direitos humanos são universais. Frise-se, ademais, que até o momento não se logrou êxito em promover uma comunidade que esteja baseada em valores universais. Devemos considerar ainda o risco já ponderado por Koskeniemi (2001), de imposição na verdade de um particularismo ocidental sob forma de universalismo.

Exemplo disso é a própria ideia de conflito, cuja noção criada pelas sociedades ocidentais é tida como parâmetro universal e projetada nas demais sociedades do globo. Por exemplo, para os teóricos em resolução de disputas da comunidade ocidental, o conflito é tido como um fenômeno predominantemente negativo, notável primordialmente por seus efeitos nocivos, como a morte, a violência e o sofrimento. Em contraste, uma posição árabe poderia sugerir que esses efeitos colaterais não são tão significativos, se comparados ao valor da luta em si, caso esta seja bem sucedida (SALEM, 2003).

### 3.3 Justiça Restaurativa: uma Opção Autêntica

A Justiça Restaurativa é um paradigma de justiça que enfatiza a reparação do dano causado por um comportamento criminoso com a participação de todos os atingidos pela conduta ofensiva. Abrange uma série de discursos teóricos e práticos que visam facilitar o diálogo e a conciliação entre todos os atingidos por um crime, ou seja, as vítimas primárias, os ofensores e a comunidade.

A Justiça Restaurativa não se restringe a um procedimento específico. Compreende vários processos de cooperação, como por exemplo, a mediação vítima–ofensor, os círculos de conferência, a assistência às vítimas, a assistência a ex-condenados e a prestação de serviços comunitários.

Entretanto, não é qualquer procedimento conciliatório que pode ser considerado restaurativo. Para que uma intervenção seja tida como verdadeiramente restaurativa é necessário que esta atenda a certos princípios básicos, tais como: a participação voluntária e facultativa de todos os interessados ou atingidos pelo delito; o reconhecimento e a aceitação da responsabilidade pelo ofensor; a reparação do dano causado; o fortalecimento dos laços das vítimas e dos ofensores com sua comunidade e a promoção de comunidades mais estáveis, pacíficas e inclusivas.

Diferentemente de uma mera liquidação ou resolução de conflitos, a justiça restaurativa pressupõe uma transformação destes por meio de diferentes intervenções em todos os níveis da sociedade. De acordo com Lederach (2007), os atores e as abordagens para a transformação de conflitos podem ser organizados sob a forma de uma pirâmide. No topo da sua estrutura estariam os principais líderes, com alto poder de negociação e meios para resolver o conflito, seguido por dirigentes de

nível médio e líderes populares e grupos locais de paz na parte inferior. Para ser bem sucedida, a transformação de conflitos deve acontecer em todos os níveis e simultaneamente, de forma interdependente. Essa metodologia de abordagem é necessária, uma vez que considera ainda outros fatores que vão além da mera mudança de comportamento, por exemplo, o impacto da negociação em toda a sociedade; a compreensão das causas da crise, como as injustiças e as desigualdades sociais; e o resultado deste desequilíbrio de poder no comportamento das partes envolvidas. Assim, enquanto uma resolução de litígios tradicional se baseia em resultados, como o fim da violência direta e o reestabelecimento do *status quo ante*, num cálculo racional de custo-benefício; numa óptica restaurativa, resolver um conflito significa envidar esforços para abordar as causas estruturais subjacentes às diferenças e gerar novas idéias de compreensão mútua, a fim de se chegar a um resultado de longo prazo, orientado para a mudança social.

A justiça restaurativa considera que os embates não surgem apenas devido a interesses incompatíveis, o que pode ser negociado, mas também devido a causas não materiais, não comercializáveis, relacionadas às necessidades humanas, por exemplo, a marginalização, a discriminação e a desigualdade. Estas questões devem ser necessariamente enfrentadas, caso se pretenda acabar com um conflito a longo prazo. A abordagem baseada na noção de “necessidades humanas” (BURTON, 1990) pressupõe que indivíduos e seus grupos se esforcem para o atendimento de suas necessidades que, uma vez não satisfeitas, podem levar à instabilidade e à perseguição violenta para sua realização. Isto decorre da compreensão de que, para sobreviver, os humanos precisam de uma série de exigências que vão além de comida e água, incluindo a segurança, autoestima, reconhecimento, realização pessoal, identidade, cultura, liberdade e justiça distributiva.

### 3.3.1 O Modelo Restaurativo Africano

As práticas restaurativas não são novidade para a população africana. O povo acholi no Norte do Uganda possui um ritual tradicional de reconciliação chamado “mato oput”, que na língua acholi, significa beber uma poção amarga feita das folhas do ‘oput’”, uma erva acre extraída de uma árvore local (AFAKO, 2006).

Na maioria das vezes, o ritual do “mato oput” envolve dois clãs - o clã do “agressor” e o clã dos “sobreviventes” - e seu processo é dividido em três etapas: o ofensor confessa seus erros, mencionando especificamente os crimes que cometeu; os clãs chegam a um acordo sobre a reparação do dano causado; e os dois clãs realizam rituais que simbolizam que um acordo foi alcançado. A cerimônia do “mato oput” pode ser resumida da seguinte forma:

a) bater o pau: bater o pau simboliza a motivação reparadora do “mato oput”. O bastão significa que a mediação vai impedir a morte da próxima pessoa que seria abatida pela família da vítima, em vingança. Também simboliza a verdade, que é essencial para restaurar a justiça. O bater da vara significa que a raiva e amargura conduziriam à luta e aos atos de vingança, se não tivessem sido mediadas. Sem mediação, o “espírito da pessoa assassinada” iria levar a mais mortes e violência;

b) abate dos ovinos e caprinos: uma ovelha é oferecida pelo clã do agressor como sinal do reconhecimento de culpa. Outra ovelha é oferecida pelo clã do vitimado, que por sua vez, simboliza a unidade, a reconciliação e o perdão. Estas ovelhas serão cortadas pela metade e os lados opostos são trocados entre as duas partes. Cortar e misturar ovelhas significa a união dos dois clãs;

c) comer “rotten mkwok boo” (vegetal local podre): indica que a tensão entre os grupos foi longe demais a ponto de comprometer até

mesmo a sua alimentação. Comer a “boo” podre significa que os clãs estão prontos para se reconciliar;

d) beber o “oput” (raiz amarga): é um sinal da amargura que existe entre os dois clãs. Ambas as partes beberem o “oput” simboliza a lavagem da amargura do coração das pessoas, agindo como um remédio para curar o agror;

e) comer o “acwiny” (fígado): o fígado das ovelhas e cabras, que são cozidos e comidos pelas duas partes. Em humanos, o fígado é supostamente o lugar onde toda a amargura é armazenada ou, variavelmente, a fonte da vida, onde todo o sangue é armazenado. O sangue é a fonte da vida e o fator unificador de todos os clãs;

f) comer “odeyo”: “odeyo” é a sobra que fica em uma panela e é utilizada para misturar. Comer “odeyo” simboliza reunir ambas as partes para comerem juntas novamente;

g) acabar com todos os alimentos: comer toda a comida simboliza que não há tensão ou amargura deixada entre as partes.

Há a possibilidade ainda do pagamento de uma compensação à vítima, como por exemplo, a entrega de uma vaca ou mesmo dinheiro.

O consumo do “mato oput” significa que as duas partes em conflito devem aceitar a amargura do passado e da promessa de um futuro novo. Muitos acholi acreditam que o “mato oput” pode trazer a verdadeira cura de uma forma que o sistema de justiça formal não pode. Com este ritual, não se pretende em primeiro plano estabelecer se um indivíduo é culpado ou não, mas sim restaurar a harmonia social na comunidade afetada.

### 3.3.2 A Justiça Restaurativa pode Superar a Amargura Causada por Crimes Contra a Humanidade?

Em que pese haver vozes tanto em âmbito nacional quanto internacional pleiteando a aplicação da Justiça Restaurativa a crimes de competência do TPI (KELLER, 2010; MURITHI, 2010; THESING, 2009), o cabimento deste sistema de justiça para crimes desta gravidade está longe de ser consenso.

A par das sempre existentes tensões entre as exigências do sistema de justiça criminal e as abordagens não-punitivas para graves e sistemáticas violações dos direitos humanos, pode-se perguntar se o “mato oput” não seria uma tentativa disfarçada de impunidade em Uganda.

Para se responder a esta pergunta, uma das técnicas consiste em verificar se a aplicação do mecanismo de “mato oput” no caso estaria ou não revestida de boa-fé. Se o objetivo é fugir do Estado, da sociedade, das obrigações legais, éticas e políticas de seu povo, a abordagem restaurativa deve ser rejeitada. Neste caso, o propósito do mecanismo “mato oput” seria apenas proteger alguns autores e o processo violaria o direito internacional, não sendo do interesse da paz e tampouco da justiça.

De outra aresta, os defensores do modelo restaurativo também apontam as vantagens de aplicação deste paradigma. Alegam que o Tribunal deve dar uma chance à paz, o que seria mais relevante no caso de Uganda, que sofreu por mais de vinte anos com o conflito. Além disso, ponderam, a retirada pelo TPI não significaria o fim da prestação de contas, mas o início dos processos de justiça próprios da cultura daquela região. E arrematam argumentando que a intervenção do TPI teria um impacto negativo no processo de paz no Norte do Uganda, eis que os mandados de prisão expedidos contra os cinco líderes militares

tornariam ainda mais difíceis as negociações de paz, senão impossível. Segundo este ponto de vista, o TPI não deveria desconsiderar a vontade política da população local, pois se insistir numa lógica exclusivamente judicial, estimulará a continuidade do conflito. É o que Koskeniemi (2001) chama de necessária “sensibilidade”, ou seja, a capacidade de considerar atitudes, ideias e práticas, como a fé, a política, a imagem que o indivíduo tem de si próprio e da sociedade, para uma boa convivência na comunidade internacional.

#### **4 Formas de Operacionalizar a Conciliação do TPI com a Proposta Restaurativa**

É possível a conciliação da Justiça Restaurativa com a jurisdição do TPI se concebermos a Justiça Restaurativa não como uma opção substituta do Sistema de Justiça Criminal tradicional, mas complementar a ele. Por outro lado, a harmonização de normas e do direito não é contrária aos fins propostos pelo Estatuto de Roma para o TPI e pode ser alcançada mediante a adoção de alguns mecanismos previstos nele próprio. Dessa forma, o TPI se transformaria em vetor de internacionalização e não de uniformização do direito, mitigando a crítica de atuação imperialista, colonizadora e ocidentalista.

O procedimento do TPI pode ser considerado restaurativo na medida em que promove direitos fundamentais de outros envolvidos no processo – como vítimas, testemunhas e até mesmo a comunidade internacional – que normalmente não são reconhecidos pelo sistema de justiça comum, tais como: direito à informação, à reparação, oportunidade de manifestação e de consideração do seu dissabor. No sistema convencional, elas não são devidamente informadas sobre os seus direitos, tampouco sobre a situação processual dos fatos que também lhe dizem respeito; a reparação dos seus danos é rara e seu infortúnio e

as suas perspectivas para o momento posterior ao sofrimento do delito são totalmente ignorados.

Uma das grandes inovações trazidas pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e o seu regulamento é o conjunto de direitos reconhecidos às vítimas perante a Corte. Pela primeira vez na história da justiça penal internacional, as vítimas têm a possibilidade de apresentar seus pontos de vista e observações ao Tribunal. A participação das vítimas no TPI pode ocorrer em várias etapas do processo e de diferentes formas. Na maioria dos casos ocorrem por meio de um representante legal e serão realizadas “de maneira que não seja prejudicial ou incompatível com os direitos dos acusados e um julgamento justo e imparcial”. Assim, o regulamento do Estatuto de Roma visa proporcionar às vítimas a oportunidade de ter suas vozes ouvidas e obter, se necessário, alguma forma de reparação. É facultado a elas apresentar observações antes ou após o Juízo de Instrução e ainda formular propostas sobre todas as questões relativas à competência do Tribunal ou da admissibilidade dos casos.

Em seu artigo 43 (6), o Estatuto prevê uma “Unidade de Vítimas e Testemunhas” com vistas a fornecer-lhes medidas de proteção e de segurança, aconselhamento e assistência. De forma semelhante, o artigo 68 estabelece procedimentos para a “proteção das vítimas e testemunhas e sua participação no processo.” Há ainda a previsão de um Escritório Público de Defesa das Vítimas, para prestar apoio e assistência às vítimas e seus representantes legais. E, por fim, o artigo 79 estabelece um Fundo Fiduciário para fazer reparações financeiras às vítimas e suas famílias.

Outra novidade do TPI é que, pela primeira vez, um Tribunal penal internacional tem o poder expresso de ordenar um indivíduo a pagar reparação a um outro indivíduo. Nos termos do artigo 75, o

Tribunal poderá estabelecer os princípios para a reparação das vítimas, que poderão incluir a restituição, indenização e reabilitação.

A técnica da complementaridade, prevista no artigo 17, outorga ao país em conflito a responsabilidade primária de processar e julgar os crimes cometidos em seu território, evitando ao máximo a interferência da Corte nos sistemas judiciais nacionais. Dessa forma, a Corte incentivaria os Estados-partes a aperfeiçoarem seu ordenamento jurídico a fim de atuarem na responsabilização dos culpados e evitarem a atuação do TPI. Este é um exemplo clássico de internacionalização do direito, que no caso ocorre mais especificamente por meio do processo de harmonização das normas jurídicas, uma das facetas da mundialização observada hodiernamente. Lembre-se ainda que, por ocasião da criação do Tribunal, o mundo viu-se obrigado a harmonizar o pensamento jurídico dos diversos sistemas jurídicos existentes para alcançar o consenso sobre vários temas, como pena de morte, prisão perpétua, imunidades<sup>16</sup>. Também em face da complexidade dos temas debatidos e da diversidade de interesses e de opiniões entre os Estados participantes da Conferência de Roma, o Estatuto do TPI teve que adotar algumas alternativas de consenso a fim de alcançar a necessária harmonização entre os países participantes dos diferentes mundos jurídicos. São exemplos: a cláusula que permite ao Conselho de Segurança suspender uma investigação ou julgamento por um período de doze meses, renovável; o dispositivo transitório que permite a não

---

16 Os interesses estavam divididos entre grupos políticos globais e regionais, como o Movimento dos Países Não-Alinhados; Grupo Árabe; Grupo da América Latina e Caribe; União Européia; Leste Europeu; Países do Conselho de Segurança (P5) e os *like-minded states*, composto pelos seguintes países: África do Sul, Alemanha, Austrália, Áustria, Argentina, Bélgica, Canadá, Chile, Croácia, Dinamarca, Egito, Eslováquia, Finlândia, Grécia, Guatemala, Hungria, Irlanda, Itália, Lesoto, Países Baixos, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, Sarnoa, Suécia, Suíça, Trinidad e Tobago (que representava 12 Estados do Caricom), Uruguai e Venezuela.

aceitação da jurisdição do TPI para crimes de guerra, por um período de sete anos e a não proibição do uso de armas nucleares durante os conflitos armados.

A fim de viabilizar a conciliação entre o TPI e a justiça restaurativa, o encontro restaurativo poderia, por exemplo, constituir até mesmo uma fase preliminar ao processo judicial no TPI. Uma vez realizado com êxito no âmbito daquela Corte, implicaria um pedido oficial de interrupção dos processos penais, o que teria sido feito com a intervenção do TPI, sem levá-lo a uma crise de legitimidade e eficácia.

## **5 Conclusões**

O cerne da polêmica em Uganda em relação ao TPI é: depois de anos de sofrimento e da dor da guerra, deve a comunidade acholi esquecer o tormento, como requer a anistia; seguir rumo à cura, como sugere a sua própria proposta restaurativa, ou deve buscar a prestação de contas, com a punição dos culpados, estabelecimento da verdade e combate à impunidade, como sugere o sistema tradicional com apoio dos ativistas de direitos humanos?

Quaisquer destes processos que ponha termo ao ciclo vicioso da violência e que promova a paz será visto como um processo justo. Como nenhum deles – nem o judicial, nem a anistia e nem o restaurativo – é capaz de fazê-lo isoladamente, o melhor a fazer é combiná-los, numa hibridação, de modo a aproveitar as vantagens de cada um. Esta solução atenderia à necessidade de mudanças de longo prazo, assim como promoveria os direitos humanos, com uma governança inclusiva, possibilitando o desenvolvimento local.

O que se almeja é uma solução que ponha fim ao conflito e que, ao mesmo tempo, crie um ambiente favorável para uma paz sustentável. Não se pretende simplesmente encobrir as mazelas trazidas pelo

conflito com uma solução de curto prazo, mas permitir que a paz seja vista como uma meta alcançável e de longa duração. O segredo reside, portanto, em aprender a pensar o múltiplo, o aleatório e imaginar um direito comum de síntese, ou seja, um direito harmonizado em vez de um direito unificado.

### **Ebony and Ivory: Restorative Justice and the ICC Orchestrated for Sustainable Peace in Uganda**

**Abstract:** The conflict in Uganda is one of our greatest humanitarian issues, due to campaigns of terror instituted by rebels and by the Ugandan Army against the population, including killings, torture, mutilation, displacement of civilians, the burning of their homes, kidnapping of children, raping women and looting of crops and animals. It is estimated that in twenty years of conflict, thousands of Ugandans have died because of it and nearly two million are refugees. The solutions proposed to solve the problem - granting of amnesty and prosecution by the ICC - are insufficient, because they promise justice, but do not ensure peace, which permeates very delicate issues, such as the reintegration of former combatants and the restoration of life in society. The usage of a local restorative practice - the “mato oput” - would be effective for this purpose as well as to solve other structural problems underlying the conflict and preventing a return to violence, respecting the peculiarities of historical, social and cultural rights in the country. Linking traditional methods of dispute resolution, such as the ICC local model is a way to balance the immediate needs of accountability and resolving its conflict by demanding justice and lasting peace to Uganda.

**Keywords:** Uganda. Conflict. International Criminal Court. Restorative Justice.

### **Referências**

AFAKO, Barney. Traditional drink unites Ugandans. *BBC Focus On Africa magazine*, 29 set. 2006. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/5382816.stm>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

ANISTIA Internacional. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/region/uganda>>. Acesso em: 30 nov. 2010.

BURTON, John. *Conflict: resolution and prevention*. New York: St. Martin's Press, 1990.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: Éditions du Seuil, 2004.

ESSONGOU, André-Michel. Uganda põe TPI à prova. In: LE monde diplomatique, 1º jul 2007. Disponível em: <<http://diplomatie.uol.com.br/acervo.php?id=2114&PHPSESSID=7344ed5e82e51d5534f731688bd39468>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

GINGYERA-PINYCWA, A.G. Is there a Northern Question? In: RUPESINGHE, K. *Internal conflicts and their resolution: the case of Uganda*. London: James Curry, 1999.

KELLER, Linda M. *Seeking justice at the international criminal court: victim's reparations*. San Diego: Thomas Jefferson School of Law, 2010.

KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

LWANGA-LUNYIIGO, Samwiri. The colonial roots of internal conflict. In: RUPESINGHE, Kumar. *Conflict resolution in Uganda*. London: James Curry, 2001.

MURITHI, Tim. Sequencing the administration of justice to enable the pursuit of peace. *IJR*. [South Africa's], n. 1, jun. 2010.

OST, François. Mondialisation, globalisation, universalisation: s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature. In: MORAND, Charles-Albert (Org.). *Le droit saisi par La mondialisation*. Bruxelles: Emile Bruylant, 2001. (Editions de l'Université de Bruxelles; Helbing & Lichtenhahn)

RICHARDS, Paul. *No peace, no war: an anthropology of contemporary armed conflict*. Oxford: James Currey, 2005.

SALEM, Paul E. *Conflict Resolution in the Arab World*, Beirut: American University of Beirut, 2003.

THESING, Fr. Ken. *Together with Africa update*. [Washington, D.C.,]: Maryknoll Fathers & Brothers, jun. 2009.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Conferência de Revisão do Estatuto de Roma. *Declaração de Campala*, [maio/jun. 2010]. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C35392FF-E272-4761-94D0-3878A911E9BC/0/RC4ENG.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Folha de informação: África e o Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <[http://www.iccnw.org/documents/Africa\\_and\\_the\\_ICC\\_Portuguese.pdf](http://www.iccnw.org/documents/Africa_and_the_ICC_Portuguese.pdf)>. Acesso em: 26 nov. 2010.

UNITED NATIONS INFORMATION CENTRE RIO DE JANEIRO. *Norte de Uganda: principais passos para a paz em um conflito que começou há décadas*. Disponível em: <<http://unic.un.org/imucms/rio-de-janeiro/64/402/norte-de-uganda-principais-passos-para-a-paz-em-um-conflito-que-comecou-ha-decadas.aspx>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

YIP, César. Conferência de Revisão do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <<http://neiarcadas.wordpress.com/2010/06/05/conferencia-de-revisao-do-estatuto-de-roma-do-tribunal-penal-internacional-por-cesar-yip/>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

---

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

TIVERON, Raquel. Ébano e marfim: a justiça restaurativa e o TPI orquestrados para a paz sustentável em Uganda. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 5, p. 33-61, 2011. Anual.

---

**Submissão:** 31/07/2011

**Aceite:** 14/10/2011



---

# Instrumentos Processuais de Proteção à Mulher Vítima de Violência Doméstica

## Jaqueline Morais Martins

Promotora de Justiça adjunta do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Graduação em Direito pela Universidade de Brasília. Pós-graduação no curso “Ordem Jurídica e Ministério Público” pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

**Resumo:** Pesquisa sobre os instrumentos processuais de proteção à mulher vítima de violência doméstica. A Lei 11.340/2006 foi editada para atender aos ditames constitucionais e aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil e objetiva coibir e prevenir a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. A lei, para a proteção da integridade física, psíquica, moral e patrimonial da mulher, prevê a possibilidade de aplicação de medidas protetivas de urgência, que são cautelares, que podem ser requeridas diretamente pela ofendida, independente de advogado, bem como deferidas de ofício pelo juiz. Para assegurar a efetividade dessas medidas, o mencionado diploma legal estabelece instrumentos como o atendimento multidisciplinar e medidas executivas, como a fixação de astreintes. Ademais, a lei introduziu nova condição de admissibilidade da prisão preventiva que pode ser deferida para garantir a efetividade das medidas protetivas, desde que presentes os pressupostos e fundamentos descritos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Diante da inexistência de tipo penal específico, a conduta de descumprimento de medidas protetivas de urgência se amolda ao crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal.

**Palavras-chave:** Violência doméstica - medidas protetivas de urgência.

**Sumário:** Introdução. 1 A Lei 11.340/2006 e a Nova Visão da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. 1.1 Contexto Histórico de Criação da Lei 11.340/2006. 1.2 Vulnerabilidade da Mulher em Relação ao Homem. 2 Medidas Protetivas de Urgência. 2.1 Cautelares no Direito Processual Penal e o Projeto do Novo CPP. 2.2 Natureza e Espécies das Medidas Protetivas de Urgência. 2.3 Procedimento das Medidas Protetivas de Urgência. 3 Instrumentos para Assegurar a Efetividade das Medidas Protetivas de Urgência. 3.1 Atendimento Multidisciplinar. 3.2 Fixação de Astreintes. 3.3 Prisão Preventiva. 3.4 Crime de Desobediência. Considerações Finais. Referências.

## Introdução

A violência doméstica e familiar contra a mulher é um dos maiores problemas sociais enfrentados no Brasil e no mundo. Diante dos alarmantes e crescentes índices dessa espécie de violência e da ausência de regulamentação específica no direito pátrio, foi editada a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, visando combater e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A Lei 11.340/2006 trouxe diversas inovações e previu instrumentos processuais de proteção à mulher vítima de violência doméstica. Apesar da situação de vulnerabilidade da mulher, discute-se a constitucionalidade da lei que, para alguns autores, viola o princípio da igualdade. Antecipando-se às disposições do projeto do Novo Código de Processo Penal, a Lei 11.340/2006 dispôs acerca de medidas alternativas à prisão cautelar do agressor visando à proteção da mulher, que são as medidas protetivas de urgência, objeto de muita controvérsia entre os doutrinadores.

A mencionada lei ainda estabeleceu instrumentos processuais para assegurar a efetividade das medidas protetivas de urgência, como o atendimento multidisciplinar, e a aplicação de medidas executivas, como *astreintes*, previstas no artigo 461 do Código de Processo Civil. Ademais, a lei introduziu nova hipótese de decretação de prisão preventiva destinada a garantir a execução das medidas protetivas de urgência, acerca da qual divergem os doutrinadores se constitui ou não fundamento autônomo dessa espécie de prisão cautelar. Outrossim, questão também tormentosa é a adequada tipificação penal da conduta de descumprimento das medidas protetivas de urgência.

Diante de tanta controvérsia entre os juristas, o presente trabalho tem por escopo investigar e elucidar as razões da edição da Lei 11.340/2006 e as medidas protetivas de urgência, explicando sua

natureza, espécies, legitimidade para requerimento e procedimento para concessão, bem como os instrumentos penais e processuais penais destinados a assegurar a eficácia dessas medidas.

## **1 A Lei 11.340/2006 e a Nova Visão da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**

### 1.1 Contexto Histórico de Criação da Lei 11.340/2006

A histórica desigualdade da mulher em relação ao homem originou uma cultura de violência, fundamentada na prevalência do sistema patriarcal, que exalta a superioridade do homem, na desigualdade de tratamento no mercado de trabalho do homem e da mulher e na incapacidade do Estado efetivar políticas públicas de proteção dos direitos da mulher.

A violência contra a mulher tornou-se, de certo modo, invisível aos olhos da sociedade e tolerada, traduzida em ditados populares, tais como “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”. Diante desse contexto sociocultural, a violência doméstica e familiar contra a mulher atingiu níveis alarmantes, pois, como salienta Eliana Calmon (2009, p. 52), “o silêncio da vítima e a indiferença da sociedade são, sem dúvida, o combustível mais poderoso para a continuidade da violência”.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §8º, estabelece o compromisso do Estado Brasileiro de atuar de forma efetiva para coibir a violência doméstica. Outrossim, o Brasil ratificou e incorporou ao ordenamento jurídico pátrio, pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 e, pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996, a Convenção Interamericana para Prevenir,

Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994, conhecida como Convenção de Belém do Pará.

Apesar da previsão constitucional e dos compromissos internacionais assumidos pelo país, até o advento da Lei 11.340/2006, não havia regulamentação interna específica acerca da violência doméstica. Uma grande parcela dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, por configurar infrações de menor potencial ofensivo, era tratada sob a égide da Lei 9.099/95. Ocorre que se, por um lado, a criação dos Juizados Especiais Criminais desenvolveu mecanismos para ampliar o acesso à Justiça, de outro, não colaborou para a diminuição da violência doméstica, mas para a sua banalização, na medida em que eram realizados em grande parte dos casos arquivamentos por retratação da vítima, acordos e aplicação de penas alternativas como pagamento de cestas básicas ao invés de se adotar medidas adequadas à resolução do conflito.

A Lei 10.455, de 2002, acrescentou ao parágrafo único do artigo 69 da Lei 9.099/95 a possibilidade de o juiz, como medida cautelar, decretar o afastamento do agressor do lar conjugal na hipótese de violência doméstica. Além disso, a Lei 10.886/2004 acrescentou os parágrafos 9º e 10 ao artigo 129 do Código Penal, disciplinando a lesão corporal praticada no âmbito das relações familiares.

Essas mudanças legislativas, no entanto, não contribuíram para diminuir e prevenir a ocorrência de violência doméstica contra a mulher, pois a maioria dos casos continuava a tramitar no Juizado Especial Criminal e sob a incidência dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95.

Deve-se salientar que Maria da Penha Maia Fernandes<sup>1</sup>, uma das tantas vítimas de violência doméstica deste país, diante da ineficiência

---

1 Acerca da história de Maria da Penha, Maria Berenice Dias (2007, p. 13) salienta que:

estatal em punir seu marido que, por duas vezes, atentou contra a sua vida, formulou em 1998, juntamente com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM, denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) contra o Brasil, que culminou com o Relatório 54/2001.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA concluiu ter sido o Brasil omissivo em relação ao problema da violência contra a mulher de modo geral e em particular na adoção de providências preventivas e repressivas contra o autor das agressões em desfavor de Maria da Penha Fernandes. Ademais, recomendou o prosseguimento e intensificação do processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra a mulher no Brasil, bem como a adoção de medidas simplificadoras do sistema jurídico nacional com vistas a implementar, de forma efetiva, os direitos já reconhecidos em instrumentos internacionais (CAVALCANTI, 2010, p. 189-190).

Diante da recomendação feita pela OEA e da premente necessidade de se criar instrumentos para combater e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, foi promulgada a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, batizada de Lei “Maria da Penha”, em homenagem à Maria da

---

“Por duas vezes, seu marido, o professor universitário e economista M. A. H. V., tentou matá-la. Na primeira vez, em 29 de maio de 1983, simulou um assalto fazendo uso de uma espingarda. Como resultado ela ficou paraplégica. Após alguns dias, pouco mais de uma semana, nova tentativa, buscou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica enquanto ela tomava banho. Tais fatos aconteceram em Fortaleza, Ceará. As investigações começaram em junho de 1983, mas a denúncia só foi oferecida em setembro de 1984. Em 1991, o réu foi condenado pelo tribunal do júri a oito anos de prisão. Além de ter recorrido em liberdade ele, um ano depois, teve seu julgamento anulado. Levado a novo julgamento em 1996, foi-lhe imposta a pena de dez anos e seis meses. Mais uma vez recorreu em liberdade e somente 19 anos e 6 meses após os fatos, em 2002, é que M. A. H. V. foi preso. Cumpriu apenas dois anos de prisão”.

Penha Maia Fernandes, inaugurando, conforme salienta Stela Cavalcanti (2010, p. 191), “um novo microsistema jurídico de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher”.

## 1.2 Vulnerabilidade da Mulher em Relação ao Homem

Histórica e filosoficamente, inclusive no período do iluminismo e das revoluções do século XVIII, à mulher sempre foi reservado um papel familiar e social inferior ao do homem, fortalecendo a cultura de subordinação e de coisificação da mulher. Apesar de todos os avanços da sociedade, a cultura patriarcal ainda persiste, baseada na superioridade, autoridade e dominação do homem em relação à mulher.

Diante da desigualdade fática no tratamento entre homens e mulheres e principalmente das estatísticas de que a mulher é a grande vítima da violência doméstica, foi editada a Lei 11.340/2006, marco na proteção à mulher no sistema pátrio. A lei em comento visa salvaguardar os interesses das mulheres vítimas de violência doméstica, possibilitando a aplicação de medidas efetivas de proteção e a punição com maior rigor dos agressores.

A Lei 11.340/2006 representa uma ação afirmativa, por meio da qual se busca compensar as desigualdades factuais entre os gêneros masculino e feminino, como forma de promover a almejada isonomia constitucional entre homens e mulheres. Para se atender ao princípio da igualdade, que tem assento constitucional, não basta a mera isonomia formal, sendo necessária a igualdade material. O fator de discriminação utilizado pela lei – sexo – possibilita um tratamento desigual do regime jurídico da mulher com a finalidade de se atingir a igualdade substancial em face da situação de vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica.

Não há dúvida acerca da constitucionalidade da Lei 11.340/2006, que é defendida pela doutrina majoritária<sup>2</sup>, pois, ao contrário do que afirmam alguns autores como Roberta Toledo Campos (2007), a mencionada lei não viola o princípio da isonomia, mas o efetiva, “minimizando a equação das forças nas relações humanas e elevando a mulher hipossuficiente a um mínimo existencial de dignidade”. (PINHO, 2009, p. 306). Acerca da constitucionalidade, importante citar o ensinamento de Alice Bianchini e Valério Mazzuoli:

O que está em jogo não é somente a violência *em si*, mas, igualmente, os mecanismos legitimadores e propiciadores de sua perpetuação. Neste sentido, a Lei Maria da Penha não só não carrega a pecha de inconstitucional, como, em verdade, concretiza o mandamento constitucional que determina a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, §8º). Em outras palavras, a Lei Maria da Penha preenche o comando constitucional que atribui ao Estado o *dever* de coibir a violência no contexto familiar, daí advindo sua plena e irrestrita constitucionalidade. Pode-se então dizer que o art. 226, §8º, da Constituição é norma-suporte que legitima a intervenção do legislador ordinário no sentido de erradicar toda e qualquer violência no âmbito das relações domésticas (em geral) e a envolver a figura da mulher (em especial). (BIANCHINI; MAZZUOLI, 2009, p. 12).

Desse modo, notória é a situação de vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica em relação ao homem, representando a Lei 11.340/2006 um importante avanço no ordenamento jurídico pátrio na prevenção e punição da violência doméstica e familiar contra a mulher com a finalidade de que esta alcance o respeito a sua dignidade

---

2 Defendem a constitucionalidade da Lei 11.340/2006: Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2007, p. 11-28); Maria Berenice Dias (2007, p. 13-34); Stela Cavalcanti (2010, p. 189-194); Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 639-641); Denilson Feitoza Pacheco (2008, p. 531-533); Sérgio Ricardo de Souza (2009, p. 21-40); Amini Haddad Campos e Lindinalva Rodrigues Corrêa (2009, p. 157-188); Thiago André Pierobom de Ávila (2007); e Eliana Calmon (2009).

enquanto ser humano e a almejada igualdade de condições em relação ao homem.

## **2 Medidas Protetivas de Urgência**

### **2.1 Cautelares no Direito Processual Penal e o Projeto do Novo CPP**

As medidas cautelares no processo penal, que têm por finalidade instrumentalizar o exercício da jurisdição e, assim, garantir o êxito da ação penal de conhecimento e da execução penal, encontram-se previstas no Código de Processo Penal e na legislação extravagante.

As medidas cautelares dispostas no Código de Processo Penal, na lição de Marcellus Polastri Lima (2009, p. 553-554), podem ser classificadas em três espécies: a) probatórias, tais como busca e apreensão e produção antecipada de prova testemunhal; b) reais ou patrimoniais, como sequestro e arresto; e c) pessoais, como prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão por força de pronúncia, prisão em virtude de sentença condenatória recorrível e as chamadas contracautelas, ou seja, liberdade provisória com ou sem fiança.

Observa-se que, diante da constatação de que a pena privativa de liberdade não vem atingindo suas finalidades (preventiva e retributiva), a fim de se garantir a efetividade da atuação da Justiça Penal, buscam-se medidas cautelares alternativas à prisão, que só deve ser utilizada quando não for possível a adoção de outra medida menos gravosa, porém de igual eficácia. Rogério Schiatti Machado Cruz sustenta a necessidade de adoção de medidas cautelares alternativas à prisão criticando a bipolaridade do sistema cautelar brasileiro, no qual a única medida alternativa à prisão cautelar é a liberdade provisória, que se qualifica como uma contracautela. Importante citar o ensinamento do jurista:

Se a pena privativa de liberdade, como zênite e fim último do processo penal, é um mito que desmorona paulatinamente, nada mais racional do que também se restringir o uso de medidas homólogas (não deveriam ser) à prisão-pena, antes da sentença condenatória definitiva. É dizer, se a privação da liberdade como pena somente deve ser aplicada aos casos mais graves, em que não se mostra possível e igualmente funcional outra forma menos aflitiva e agressiva, a privação da liberdade como medida cautelar também somente há de ser utilizada quando nenhuma outra medida menos gravosa puder alcançar o mesmo objetivo preventivo. (CRUZ, 2006, p. 132).

Acolitando tal entendimento, presente nas diretrizes estabelecidas nas Regras das Nações Unidas sobre medidas não-privativas de liberdade, conhecidas como Regras de Tóquio, de 1990, e diante da necessidade de se dar especial atenção à vítima, resguardando seus interesses, o projeto do Novo Código de Processo Penal<sup>3</sup> estabelece uma série de medidas cautelares a serem aplicadas antes de se recorrer à segregação do réu, como o recolhimento domiciliar; monitoramento eletrônico; suspensão do exercício de função pública, profissão ou atividade econômica; suspensão das atividades de pessoa jurídica; proibição de frequentar determinados lugares; suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; proibição de ausentar-se da comarca ou do país; comparecimento periódico em juízo; proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; suspensão do poder familiar; e bloqueio de endereço eletrônico na internet.

Verifica-se, assim, que a previsão de novas medidas cautelares representa importante alteração que poderá ser realizada no sistema pátrio à semelhança do que já ocorre em outros países para que a prisão

---

3 Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Importante destacar que a redação final do projeto foi aprovada pelo Senado em dezembro de 2010.

cautelar seja destinada apenas para casos excepcionais em atendimento ao que prescreve a Constituição Federal de 1988.

## 2.2 Natureza e Espécies das Medidas Protetivas de Urgência

A Lei 11.340/2006 criou instrumentos processuais para assegurar uma intervenção preventiva do Estado a fim de evitar a ocorrência de delitos contra a mulher, bem como dar uma resposta mais efetiva à violência. Dentre esses instrumentos, antecipando-se às disposições do projeto do Novo Código de Processo Penal, a mencionada lei dispôs acerca de medidas alternativas à prisão e de proteção à mulher, visando à preservação de sua integridade física, psíquica e moral, bem como de seu patrimônio, que são as medidas protetivas de urgência.

Mister se faz destacar como antecedente das medidas protetivas de urgência a cautelar de afastamento do agressor do lar conjugal disposta no artigo 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95. Ademais, algumas dessas medidas já tinham previsão no Código de Processo Civil, por exemplo, a prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

As medidas protetivas de urgência, nos termos da Lei 11.340/2006, são aplicadas nos casos envolvendo qualquer tipo de violência doméstica e familiar contra a mulher, ou seja, qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Muito se discute acerca da natureza das medidas protetivas. Trata-se de medidas cautelares que objetivam resguardar principalmente a integridade psicológica, física, moral e material (patrimonial) da mulher vítima de violência doméstica e familiar “com vistas a garantir que ela possa agir livremente ao optar por buscar a proteção estatal e, em especial, a jurisdicional”. (SOUZA, 2009, p. 124). Para o seu

deferimento, deve o magistrado perquirir a existência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Do mesmo modo, acolitam o entendimento de que as medidas protetivas de urgência são medidas cautelares Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Pinto (2007, p. 87), Thiago André Pierobom de Ávila (2007), Maria Berenice Dias (2007, p. 78-92), Fernanda da Rosa Cristino (2008), Rômulo de Andrade Moreira (2009), Marcelo Lessa Bastos (2007, p. 90-95), Stela Cavalcanti (2010, p. 222-224), Denilson Feitoza (2008, p. 542-546), Eugênio Pacelli (2009, p. 641-648) e Sérgio Ricardo de Souza (2009, p. 124)<sup>4</sup>.

Há alguns autores que destacam a natureza satisfativa das medidas protetivas, o que impede que sejam tidas como cautelares<sup>5</sup>. Verifica-se, no entanto, ao se observar, por exemplo, as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, previstas no artigo 22 da Lei 11.340/2006, como a suspensão da posse ou restrição do porte de arma, o afastamento do agressor do lar, a proibição de aproximação e contato do agressor com a vítima, a restrição ou suspensão de visitas e os alimentos provisionais ou provisórios, que essas medidas não são satisfativas, razão pela qual devem ser tratadas como cautelares.

Dessa forma, sendo as medidas protetivas de urgência cautelares, baseiam-se em cognição sumária e, portanto, são provisórias, suscetíveis de modificação ou revogação a qualquer tempo, caso haja alteração das

---

4 Mister se faz ressaltar que, na redação original do PL nº 4559/2004, que deu origem à Lei 11.340/2006, as medidas protetivas de urgência eram expressamente chamadas de “medidas cautelares”, tendo sido alterada a denominação para medidas protetivas de urgência no substitutivo apresentado pela Deputada Jandira Feghali.

5 Importante destacar que Fredie Didier Júnior e Rafael Oliveira (2008) entendem que as medidas protetivas de urgência se tratam de medidas provisionais, de cunho satisfativo, mas que podem ser obtidas pela instauração de um procedimento cautelar. Outrossim, saliente-se que Alexandre Freitas Câmara (2009) assevera que algumas medidas protetivas de urgência são cautelares, mas a maioria são sumárias não-cautelares, correspondendo à tutela antecipada.

circunstâncias presentes no momento de sua concessão, ou seja, devem ser deferidas *rebus sic stantibus*, a teor do que preceitua o artigo 19, §§2º e 3º, da Lei 11.340/2006.

A Lei 11.340/2006 dividiu as medidas protetivas nas que obrigam o agressor dispostas no artigo 22, dentre as quais se encontram cautelares alternativas à prisão que podem ser adotadas na proteção da integridade física, psíquica e moral da mulher antes de se recorrer à segregação do agressor, e medidas à ofendida previstas nos artigos 23 e 24. Vale ressaltar que as medidas elencadas nos artigos mencionados constituem rol exemplificativo, não esgotando as providências passíveis de adoção em proteção à mulher.

Acerca das medidas protetivas de urgência em espécie, deve-se ressaltar que a suspensão de posse ou restrição do porte de armas (artigo 22, I) revela-se de extrema importância, pois “a presença de armas poderá contribuir para potencializar a violência”. (CARVALHO, 2010, p. 154).

Ademais, para proteger a integridade física, psíquica e moral da vítima, pode ser deferido ainda o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (artigo 22, II), medida que já tinha previsão no artigo 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95. Outrossim, pode ser concedida a medida de forma inversa autorizando-se a vítima a se afastar do lar, ressaltando-se seus direitos quanto aos bens, guarda dos filhos e alimentos (artigo 23, III). Além disso, caso seja deferido o afastamento do agressor, após o seu cumprimento, o magistrado poderá determinar a recondução da vítima e de seus dependentes para o respectivo domicílio (artigo 23, II).

A Lei 11.340/2006 inovou ao dispor como medidas protetivas a proibição de aproximação do agressor com a vítima, familiares e testemunhas, fixando-se distância mínima, a proibição de contato com

a vítima, familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação, bem como a proibição de frequência a determinados lugares (artigo 22, III, “a”, “b” e “c”)<sup>6</sup>. Tais medidas encontram previsão na legislação de outros países, como a chamada *restraining order* do direito norte-americano (PINHO, 2009, p. 309-310), pela qual pode ser estabelecida proibição de contato do réu com a vítima. Outrossim, essas medidas visam impedir não só a reiteração dos atos de violência, como também a intimidação e a ameaça que eventualmente possam causar constrangimento ou interferir no curso das investigações ou do próprio processo penal.

Oportuno registrar que Sérgio Ricardo de Souza (2009, p. 129), analisando as medidas de proibição de aproximação e contato, bem como frequência a determinados lugares, salienta que, considerando que representam restrição aos direitos do agressor, em especial sua liberdade de locomoção, a fixação dos espaços proibitivos deve ocorrer atendendo-se ao princípio da razoabilidade, “de forma a que as restrições ocorram efetivamente dentro daquilo que se mostre imprescindível à segurança da vítima e das demais pessoas protegidas pela norma”.

Outra medida salutar consiste na restrição ou suspensão das visitas do agressor aos filhos (artigo 22, IV), já que, por ocasião das visitas, podem ocorrer novos atos de violência. A Lei 11.340/2006 preceitua que a medida deve ser tomada após ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar, exigindo-se cautela, visando sempre o melhor interesse das crianças e adolescentes, bem como da vítima.

O artigo 22, V, da Lei 11.340/2006, prevê ainda como medida protetiva a fixação de alimentos, que “possuem o inegável caráter de medida emergencial, visando prover a pessoa necessitada, garantindo

---

6 Como antes ressaltado, tais medidas encontram-se previstas como cautelares no projeto do Novo Código de Processo Penal.

sua sobrevivência durante o curso da ação” (CUNHA; PINTO, 2007, p. 92), medida que pode ser estendida também aos filhos (CUNHA; PINTO, 2007, p. 94; DIAS, 2007, p. 87). Ademais, para a proteção da mulher, a lei preceitua que poderá o magistrado determinar o encaminhamento dela e de seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou atendimento (artigo 23, I), por exemplo, no escólio de Amini Campos e Lindinalva Corrêa (2009, p. 418), tratamento psicológico, psiquiátrico, médico especializado, bem como encaminhamento para a efetivação de cursos profissionalizantes, o que exige a implementação de políticas públicas por parte do Estado para efetivar o comando legal.

Outrossim, a lei destaca ainda como medida protetiva a separação de corpos (artigo 23, IV), que não se confunde com a medida de afastamento do lar, já que a primeira possui eficácia meramente jurídica, pois objetiva pôr fim aos deveres conjugais e ao regime de bens (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 346), ao passo que o afastamento do agressor ou da ofendida do lar tem nítida eficácia material, já que visa ao afastamento de fato entre agressor e vítima com vistas a coibir os atos de violência (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2008, p. 18).

Para a proteção patrimonial da mulher, a Lei 11.340/2006 estabelece a possibilidade de restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à vítima (artigo 24, I), o que pode compreender tanto os bens particulares da mulher, quanto os comuns do casal. Em caso de dúvida sobre a titularidade dos bens ou havendo interesse apenas na conservação, impedindo o extravio ou dilapidação, poderá ser adotada a medida de arrolamento, prevista no artigo 855 e seguintes do Código de Processo Civil (CUNHA; PINTO, 2007, p. 100-101; DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2008, p. 21-22).

Outra medida protetiva é a proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra e venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial (artigo 24, II), a fim de se retirar do agressor a capacidade de praticar determinados atos e de exercer direitos que eventualmente recaiam sobre o patrimônio comum do casal ou particular da mulher.

Ademais, se a ofendida tiver outorgado procurações ao agressor, pode o juiz suspender a sua eficácia a fim de que ele não pratique atos contrários aos interesses da mulher (artigo 24, III), nada impedindo que a própria vítima revogue os poderes por ela outorgados. A importância do dispositivo revela-se maior nos casos em que o mandato é irrevogável ou quando a sua revogação implicar o pagamento de perdas e danos (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2008, p. 22).

Outra medida de cunho patrimonial é a prestação de caução provisória, que se destina a assegurar a efetividade de futuro processo que tenha por objeto a reparação dos danos decorrentes da violência doméstica e familiar sofrida pela ofendida (artigo 24, IV).

Saliente-se que a Lei 11.340/2006 não dispôs acerca da natureza das medidas protetivas de urgência nela previstas, se cíveis, criminais ou administrativas, o que é objeto de controvérsia entre os doutrinadores<sup>7</sup>.

---

7 Thiago André Pierobom de Ávila (2007) sustenta que “a medida prevista no art. 22, inciso V (prestação de alimentos provisórios), certamente possui natureza exclusivamente cível. Todas as demais medidas protetivas possuem natureza cautelar penal, pois visam assegurar a integridade física e moral da vítima em decorrência do crime, mas também é possível a construção de que possuem natureza cível independente”. Marcelo Lessa Bastos (2007, p. 92-95) e Stela Cavalcanti (2010, p. 222-224) entendem que as medidas dos incisos I, II e III do artigo 22 são cautelares penais, as medidas do artigo 23, I e II, de cunho administrativo, ao passo que as medidas dos artigos 22, incisos IV e V, 23, incisos III e IV, e 24 são de natureza cível. Denilson Feitoza (2008, p. 544) salienta que “há várias medidas ‘protetivas’, na Lei 11.340/2006, que têm, de modo geral, caráter dúplice, podendo ser utilizadas como medidas cautelares cíveis ou criminais, conforme o caso, o que concluímos por interpretação sistemática no interior da própria Lei 11.340/2006, uma vez que ela trata de matéria processual civil e processual penal, bem como por interpretação sistemática com outras leis”. Denilson Feitoza entende que as medidas do artigo 22, I, II e III, possuem natureza

Observa-se que as medidas dispostas no artigo 22, inciso V (alimentos provisionais ou provisórios), e artigo 24 (patrimoniais) são cautelares cíveis, ao passo que as demais são cautelares penais, na medida em que são deferidas para garantir a integridade física, psíquica e moral da mulher quando da ocorrência de violência doméstica e familiar de modo que ela possa livremente buscar a proteção estatal e, especialmente, a jurisdicional.

### 2.3 Procedimento das Medidas Protetivas de Urgência

Nos termos do artigo 12 da Lei 11.340/2006, quando do registro da ocorrência, deverá a autoridade policial indagar à vítima acerca de seu interesse na concessão de medidas protetivas de urgência, remetendo o expediente com o pleito ao juiz no prazo de quarenta e oito horas. O artigo 18 dispõe que, recebido o expediente, em igual prazo de quarenta e oito horas, caberá ao magistrado analisar o pedido e decidir acerca das medidas protetivas. Outrossim, o artigo 19 prevê que “as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida” e o artigo 27 preceitua que “em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei”.

A Lei 11.340/2006, visando à atuação rápida no resguardo dos interesses da mulher, prevê que a ofendida poderá, sem assistência de advogado, formular requerimento de concessão de medidas protetivas diretamente à autoridade policial ou ao magistrado. Ademais, não exige

---

penal e as do artigo 22, IV e V, artigo 23, IV, e artigo 24, II, III e IV, são cíveis. Disserta ainda que as medidas do artigo 23, incisos I e II, e artigo 24, I, possuem caráter triplice, conforme o caso, cível, criminal ou administrativo (2008, p. 545-546). Há ainda autores que entendem que as medidas protetivas possuem caráter apenas cível como Fredie Didier Júnior e Rafael Oliveira (2008, p. 11).

formalidades, devendo constar no pedido a qualificação das partes e de eventuais dependentes, a descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida. Tal possibilidade dada à mulher representa “inegável exteriorização objetiva do princípio constitucional de acesso à justiça”. (CARVALHO, 2010, p. 148).

Apesar da dicção dos artigos 12, 19 e 27 da Lei 11.340/2006, há autores que salientam que não foi atribuída legitimidade à ofendida para o requerimento de medidas protetivas de urgência em todos os casos de violência doméstica. Marcelo Lessa Bastos (2007, p. 92-95) e Stela Cavalcanti (2010, p. 223-224) entendem que as medidas cautelares penais previstas no artigo 22, incisos I, II e III, “a”, “b”, e “c”, tratando-se de crime de ação penal pública, somente podem ser pleiteadas pelo Ministério Público, não pela ofendida. Asseveram que, para as medidas do artigo 22, IV e V, artigo 23, III e IV, e artigo 24, a parte legítima para requerê-las é a ofendida, que deve estar assistida por advogado. Lecionam ainda os juristas que as medidas de cunho administrativo do artigo 23, incisos I e II, podem ser requeridas pela ofendida, diretamente e sem advogado, salientando Stela Cavalcanti que tais providências também podem ser pleiteadas pelo Ministério Público ou até mesmo concedidas de ofício pelo magistrado.

Essa restrição à possibilidade de requerimento de medidas protetivas sustentada pelos juristas não encontra respaldo na lei, que não trouxe qualquer restrição à legitimidade da ofendida, além de ter inovado ao prever a possibilidade de requerimento sem advogado. Desse modo, a ofendida pode requerer, sem a assistência de advogado, todas as medidas protetivas de urgência em todas as espécies de crime. Outro aspecto que deve ser salientado é a legitimidade extraordinária atribuída ao Ministério Público para requerer medidas protetivas sempre

que se fizer necessário para a proteção dos interesses da mulher, bem como de seus filhos.

Objeto de discussão doutrinária é a possibilidade de concessão de medidas protetivas de urgência de ofício pelo magistrado. Há autores que negam tal possibilidade, como Maria Berenice Dias (2007, p. 78) que aduz que “para agir o juiz necessita ser provocado. A adoção de providência de natureza cautelar está condicionada à vontade da vítima”. Outros, como Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 1178-1179), defendem a possibilidade de deferimento de ofício pelo juiz com base no poder geral de cautela.

Deve-se ressaltar que o artigo 19, §3º, da Lei 11.340/2006 preceitua que, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, poderá o magistrado “conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público”. Com base nesse dispositivo, no poder geral de cautela do juiz e considerando a finalidade da Lei 11.340/2006, verifica-se que pode o magistrado conceder medidas protetivas de ofício sempre que entender necessário para a preservação da integridade física e psíquica da mulher e de seus filhos, bem como deferir medida diversa da pleiteada e rever medidas já concedidas<sup>8</sup>.

---

8 Acolitando o entendimento de que é possível o deferimento de medidas protetivas de ofício pelo magistrado, destaca-se a posição de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Pinto (2007, p. 79), bem como julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: 20100020086761AGI, Relator JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 22/07/2010, DJ 04/08/2010 p. 139; e 20090210050448APR, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 13/05/2010, DJ 26/05/2010 p. 208. Mister se faz ressaltar que o projeto do Novo Código de Processo Penal estabelece que as medidas cautelares podem ser concedidas de ofício pelo magistrado durante a fase de investigação se a medida substituir a prisão ou outra cautelar anteriormente imposta, bem como no curso do processo penal.

Importante salientar que o artigo 19, §1º, da Lei 11.340/2006 prevê que as medidas protetivas de urgência podem ser deferidas pelo magistrado de imediato independente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público. Ademais, observa-se que, caso o magistrado entenda necessário, poderá designar audiência de justificação para melhor análise do pedido. Outrossim, consoante acentua Thiago André Pierobom de Ávila (2007), após o deferimento ou indeferimento do pleito, deverá o magistrado citar o agressor, intimá-lo da decisão e notificar as partes para comparecerem em audiência, na qual serão ouvidas as partes e suas eventuais testemunhas e, assim, o juiz decidirá o feito, assegurando o contraditório e a ampla defesa.

A Lei 11.340/2006 não trouxe dispositivo acerca do prazo de duração das medidas protetivas de urgência. Há autores que defendem que tais medidas obedecem ao prazo de caducidade de trinta dias, disposto no artigo 806 do Código de Processo Civil<sup>9</sup>. Ocorre que tal entendimento afronta a própria finalidade das medidas protetivas e da Lei 11.340/2006, de forma que se deve entender que tais medidas não obedecem ao prazo de trinta dias, devendo vigor enquanto perdurar a situação de risco à integridade física, psíquica, moral e patrimonial da vítima. Nesse sentido, mister se faz transcrever a lição de Maria Berenice Dias:

Subtrair a eficácia da medida depois do decurso de determinado prazo, conforme é sustentado em sede doutrinária, pode gerar situações para lá de perigosas. Basta supor a hipótese de ter sido afastado o ofensor do lar em face das severas agressões perpetradas contra a mulher, tendo

---

9 Nesse sentido, Irênio da Silva Moreira Filho (2008) assevera que a ofendida deve ser alertada na delegacia ou em eventual audiência de justificação acerca da necessidade de ajuizamento da ação principal no prazo de trinta dias, mas ressalta que “em face da indisponibilidade e da relevância da maior parte dos direitos que se visa proteger, por vezes não poderá haver rigorismo na observância desse prazo, como, aliás, a jurisprudência recomenda em causas afetas ao direito de família”.

ela ficado no domicílio comum junto com a prole. Decorridos 30 dias da efetivação da medida, de todo descabido que, pelo fim da eficácia da decisão, tenha o agressor o direito de retornar ao lar. O mesmo se diga com referência aos alimentos. Descabido, simplesmente, depois de 30 dias suspender sua vigência e deixar a vítima e os filhos sem meios de subsistir. Mesmo pacificado na jurisprudência, em sede de direito familiar, a medida cautelar não perde a eficácia, inclusive se não intentada a ação no prazo legal, ainda que se trate de prazo decadencial. Limitação temporal só existe se imposta expressamente pelo juiz. Ou seja, ao deferir a medida o magistrado pode estipular período de vigência. Flúido o prazo é que a medida perde a eficácia. (DIAS, 2007, p. 80-81)

Vale destacar que muitas das medidas protetivas de urgência importam restrições aos direitos do agressor e, por isso, não podem durar de forma indefinida. A solução mais acertada é a de que o magistrado, ao deferir tais medidas, deve fixar prazo razoável de duração, que pode se estender até o trânsito em julgado da sentença, findo o qual a medida perde eficácia. Importante destacar que o projeto do Novo Código de Processo Penal estipula que o magistrado ao deferir medidas cautelares deve estipular prazo de duração, observando os limites dispostos em lei.

### **3 Instrumentos para Assegurar a Efetividade das Medidas Protetivas de Urgência**

#### **3.1 Atendimento Multidisciplinar**

A Lei 11.340/2006, para assegurar a proteção da integridade física, psíquica, moral e patrimonial da mulher, prevê, além das medidas protetivas de urgência, instrumentos processuais para garantir a efetividade dessas medidas, como o atendimento multidisciplinar.

A violência doméstica, no escólio do psicólogo Fábio Pereira Angelim (2009, p. 125), “é um processo social, judicial, interpessoal e pessoal de interpretação de um relacionamento íntimo e agressivo” e,

como tal, exige, para a sua efetiva compreensão, a análise das dinâmicas que sustentam o relacionamento do agressor e da vítima, o que se torna possível por meio de uma intervenção psicossocial.

Podem-se destacar como fatores que levam a mulher a permanecer no relacionamento com o parceiro violento: medo de que ele se torne mais violento, concretizando as ameaças que lhe dirige caso ela resolva denunciá-lo; esperança de que ele possa mudar; desejo de manter a integridade da família; e vergonha e conseqüente silêncio sobre os episódios de violência. Diante disso, revela-se imprescindível o trabalho de reflexão com as mulheres para que estas promovam sua transformação pessoal, reconhecendo a condição de vítimas, e tomem a decisão de manter o relacionamento com o agressor, mas buscando ajuda para cessar a violência, ou se separar em definitivo (ANGELIM, 2009; BIANCHINI; MAZZUOLI, 2009, p. 7-8).

Da mesma forma, se faz necessária a realização de intervenção psicossocial junto aos agressores, os quais, em grande parte, não reconhecem seu comportamento como problemático. Acerca da importância da intervenção psicossocial, mister se faz destacar a lição de Thiago André Pierobom de Ávila:

[...] Há na violência de gênero claramente um viés sociológico, que deriva da interiorização de padrões de comportamento que favorecem a reprodução da violência. Portanto, uma abordagem que procure efetivamente solucionar o problema deve se preocupar de forma central com uma intervenção psicossocial nos envolvidos, de forma que se procure fortalecer a vítima da violência, auxiliá-la a superar os traumas da violência, a se conscientizar de seus direitos e da possibilidade de um relacionamento não fundado na violência, enfim, dar-lhe ferramentas para se afirmar como sujeito de direitos (ou, como diriam os sociólogos norte-americanos, empoderá-la – anglicismo derivado de *empowerment*). Por outro lado, o agressor também necessita de uma intervenção, para passar a compreender que a violência não pode ser o padrão relacional familiar, auxiliá-lo a superar os dogmas que a cultura machista lhe impôs, e tratar de seus eventuais distúrbios comportamentais. (ÁVILA, 2010, p. 473).

Diante da necessidade de realização de atendimento psicossocial para se compreender a violência doméstica, coibi-la e preveni-la, a Lei 11.340/2006, nos artigos 29 a 32, dispôs acerca da criação de equipe de atendimento multidisciplinar nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

A equipe de atendimento multidisciplinar atuará no apoio e orientação da vítima, do agressor e dos familiares envolvidos no contexto da violência doméstica, especialmente as crianças e adolescentes, que, muitas vezes, presenciam os atos de violência. Além disso, os profissionais da equipe auxiliarão o magistrado, membro do Ministério Público, defensores públicos e advogados com seus pareceres e laudos, além da atuação em audiência, a melhor compreender a dinâmica do problema familiar e definir a melhor solução a ser tomada no caso concreto, como, por exemplo, a escolha das medidas protetivas a serem concedidas.

Verifica-se que a intervenção psicossocial feita pela equipe de atendimento multidisciplinar tem por finalidade o esclarecimento da história de vida de agressores e vítimas, bem como reflexão sobre padrões de relacionamento e as possibilidades de mudança em nível pessoal e relacional. A intervenção favorece a reflexão da vítima acerca dos episódios de violência e estimula a ampliação da rede de apoio social dela, encaminhando-a para os serviços disponíveis na comunidade e incentivando-a a buscar nas suas próprias redes sociais as pessoas que possam contribuir para a saída do ciclo de violência. Assim, a intervenção é fundamental para a conscientização da problemática familiar, oportunizando a diminuição da reincidência (ANGELIM, 2009, p. 132-135).

Após a vítima promover o registro de ocorrência do ato de violência doméstica, é comum que o agressor a procure para que ela o perdoe, mesmo estando vigentes medidas protetivas de urgência, por exemplo, de proibição de aproximação e contato. Diante desse quadro, para o efetivo cumprimento das medidas protetivas de urgência e, desse modo, proteção da vítima, revela-se de fundamental importância a realização de intervenção psicossocial para que a mulher, diante da fragilidade e instabilidade emocional após os atos de violência, se fortaleça e compreenda o complexo fenômeno da violência doméstica, a fim de não entrar novamente no ciclo de violência e não permitir, por exemplo, que o agressor continue mantendo contato com ela ao arrepio da ordem judicial e, assim, favorecendo a prática de novos atos de violência.

### 3.2 Fixação de *Astreintes*

A Lei 11.340/2006, a fim de assegurar a efetividade das medidas protetivas de urgência, estabelece, no artigo 22, §4º, a possibilidade de aplicação das medidas previstas no *caput* e nos §§5º e 6º do artigo 461, do Código de Processo Civil, que assim dispõem:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Permite a lei que o magistrado adote medidas executivas para conferir efetividade à decisão judicial de concessão das medidas protetivas, podendo se valer de medidas coercitivas diretas ou indiretas. A medida coercitiva direta é aquela adotada em substituição à conduta do agressor, caso ele não cumpra voluntariamente a ordem judicial, como é o caso da busca e apreensão dos bens que estejam em seu poder (artigo 24, I, da Lei 11.340/2006) ou da sua arma de fogo (artigo 22, inciso I). Já a medida coercitiva indireta atua na vontade do agressor, servindo como uma espécie de estímulo ao cumprimento da prestação, por exemplo, a multa coercitiva (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2008, p. 25).

O meio coercitivo mais difundido é a multa, chamada *astreintes*, que deve ser fixada pelo magistrado em patamar razoável para que incuta no agressor o temor do descumprimento das medidas protetivas. Deve-se ressaltar que não há limite para a imposição da multa, podendo seu valor ou sua periodicidade ser modificada pelo juiz quando verificar que se tornou excessiva ou insuficiente.

Oportuno destacar, seguindo o escólio de Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira (2008, p. 26), que, apesar de ser comum a utilização de multa diária, a periodicidade da multa pode ser diversa, ou seja, horária, semanal, mensal. Os juristas citam como exemplo a possibilidade de o magistrado determinar ao agressor que não se aproxime da residência ou do local de trabalho da ofendida, ou que não mantenha contato com ela, sob pena de multa fixa a incidir sempre que houver descumprimento da ordem. Os autores entendem ainda que, em caso de desobediência, a multa deve ser revertida em favor da vítima.

Outrossim, tal como ocorre com a multa coercitiva, com base no artigo 461, §6º, do Código de Processo Civil, o juiz pode, de ofício ou a requerimento da parte interessada, modificar a medida coercitiva

imposta sempre que ela se revelar ineficaz para a efetividade das medidas protetivas.

### 3.3 Prisão Preventiva

A medida mais extrema para assegurar a efetividade das medidas protetivas de urgência é a prisão preventiva. Tal medida cautelar, na lição de Denilson Feitoza (2008, p. 745-753), encontra-se sujeita a pressupostos, que demonstram o *fumus commissi delicti*; fundamentos, que evidenciam o *periculum libertatis*; e condições de admissibilidade. Para que seja decretada a prisão preventiva, é necessária a presença de seus pressupostos, um dos fundamentos e uma das condições de admissibilidade.

Os pressupostos para a decretação da medida extrema, presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal, são a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Já os fundamentos, também previstos no mesmo dispositivo legal, são: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e segurança de aplicação da lei penal. Ademais, as condições de admissibilidade encontram-se dispostas no artigo 313, do Estatuto Processual Penal:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I - punidos com reclusão;

II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

A Lei 11.340/2006 acrescentou ao artigo 313 do Código de Processo Penal nova condição de admissibilidade da prisão preventiva destinada a garantir a execução das medidas protetivas de urgência (inciso IV), que é objeto de controvérsia entre os doutrinadores. Há autores como Maria Berenice Dias (2007, p. 102-104), Paulo Henrique Fuller (2010, p. 716-719) e Heráclito Mossin (2010, p. 563-567) que entendem que a Lei 11.340/2006 acrescentou fundamento autônomo, capaz por si só de subsidiar a decretação da segregação do agressor juntamente com os pressupostos atinentes ao *fumus commissi delicti*, não havendo necessidade da presença dos fundamentos tradicionais do artigo 312 do Estatuto Processual Penal.

Observa-se, no entanto, que a Lei 11.340/2006 não acrescentou novo fundamento para a decretação da prisão preventiva, mas apenas nova condição de admissibilidade, tornando possível a segregação do agressor em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher envolvendo crime doloso, inclusive apenado com detenção, desde que seja necessária para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência. A prisão caracteriza-se como medida extrema e, desse modo, excepcional, que só deve ser decretada se as medidas protetivas de urgência anteriormente deferidas, bem como as medidas adotadas com base no artigo 461, §§5º e 6º, do Código de Processo Civil, como a multa coercitiva, revelarem-se ineficazes na proteção da integridade física e psíquica da vítima.

Tendo a lei apenas introduzido nova condição de admissibilidade, para que seja decretada a prisão preventiva com base no artigo 313, IV, do Estatuto Processual Penal, é necessário que seja demonstrado o *periculum libertatis*, ou seja, que estejam presentes um dos fundamentos dispostos no artigo 312 do mesmo diploma legal. Acolitando esse entendimento, destacam-se os juristas Guilherme de Souza Nucci

(2008, p. 610-611), Eugênio Pacelli (2009, p. 455-456 e 647-648), Denilson Feitoza (2008, p. 751-752), Marcelo Lessa Bastos (2007, p. 95-101), Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, bem como julgados do Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup>. Importante transcrever a lição de Rogério Cunha e Ronaldo Pinto:

[...] não basta, para a decretação da medida de exceção, que o crime tenha sido perpetrado contra a mulher, no âmbito doméstico ou familiar. É preciso que, além disso, estejam presentes, também, os pressupostos e fundamentos justificadores da prisão preventiva, elencados no art. 312 do CPP, de início, se exigirá a presença de prova da existência do crime e indício de sua autoria, a configurar o *fumus boni iuris*. Além disso, a fim de completar o binômio clássico que inspira toda e qualquer medida cautelar, é de rigor a demonstração do *periculum in mora* (ou *periculum in libertatis*), ‘previsto nas quatro hipóteses autorizadoras da prisão constantes da parte inicial do mencionado artigo, ou seja, prisão para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal’, na lição de Antonio Scarance Fernandes. (CUNHA; PINTO, 2007, p. 81).

Importante destacar que há autores que entendem que tal inovação introduzida pela Lei 11.340/2006 é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade<sup>11</sup>. No entanto, verifica-se que a lei prevê a possibilidade de aplicação de medidas alternativas à segregação do agressor, que são as medidas protetivas de urgência, bem como instrumentos como a multa coercitiva para compelir o agressor a cumprir as medidas deferidas pelo magistrado. No entanto, se tais medidas não se revelam eficazes para a proteção da mulher, cabível a segregação do agressor, pois, na ponderação de interesses, deve-se proteger os direitos

---

10 Nesse sentido, destacam-se o HC 109674/MT, Sexta Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, data de julgamento: 06/11/2008, DJe 24/11/2008; e o HC 100512/MT, Sexta Turma, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, data de julgamento: 03/06/2008, DJe 23/06/2008.

11 Nesse sentido, destaca-se a posição de Rômulo de Andrade Moreira (2009, p. 38-41). Marcellus Polastri Lima (2008, p. 31-33) entende ser inconstitucional a possibilidade de prisão preventiva para crimes punidos com detenção acrescentada pela Lei 11.340/2006.

da mulher, que se encontra em situação de vulnerabilidade, razão pela qual plenamente constitucional a disposição da Lei 11.340/2006.

Por outro lado, ao ser deferida a prisão preventiva para crimes punidos com detenção, deve-se ter cautela quanto ao prazo de duração para que a prisão cautelar não seja mais gravosa que eventual pena definitiva. Nesse sentido, adverte Thiago André Pierobom de Ávila (2007) que se mostra razoável que “a medida seja deferida por prazo determinado, fixado pelo juiz quando de sua decretação, exatamente para evitar que eventual demora excessiva do processo transforme a prisão cautelar em pena muito superior à própria condenação”.

Desse modo, bastante salutar a alteração promovida pela Lei 11.340/2006, pois permite a decretação de prisão preventiva, inclusive para os crimes apenados com detenção, por exemplo, lesão corporal leve e ameaça, que constituem boa parcela dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Ademais, não se pode olvidar que as medidas protetivas sem tal instrumento coercitivo se mostrariam inócuas, pois a possibilidade de decretação de prisão preventiva impele o agressor a dar cumprimento às medidas deferidas pelo magistrado, resguardando-se, assim, os direitos da mulher.

### 3.4 Crime de Desobediência

O descumprimento de medida protetiva de urgência, além de permitir a decretação de prisão preventiva, caracteriza a prática de crime de desobediência à ordem judicial. A Lei 11.340/2006 não trouxe previsão de tipo penal específico para tal conduta, o que enseja controvérsia acerca da adequada tipificação.

Há autores que entendem que o comportamento de descumprir medida protetiva de urgência se enquadra no artigo 359 do Código Penal (CRISTINO, 2008), o qual tipifica a conduta de “exercer função,

atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial”. Acerca desse tipo penal, deve-se citar o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

*Análise do núcleo do tipo: exercer* significa desempenhar com habitualidade. Objetiva-se punir a pessoa que teve função, atividade, direito, autoridade ou múnus suspenso por decisão judicial.

*Sujeitos ativo e passivo:* o sujeito ativo há de ser somente a pessoa suspensa ou privada de direito por decisão judicial (ver art. 92, CP). O sujeito passivo é o Estado.

[...]

*Função, atividade, direito, autoridade e múnus: função* é a prática de um serviço relativo a um cargo ou ofício; *atividade* significa qualquer ocupação ou diligência; *direito* é a faculdade de praticar um ato; *autoridade* significa o poder de dar ordens e fazer respeitar decisões; *munus* é um encargo. (NUCCI, 2007, p. 1119-1120).

Tal tipo está previsto para o caso de haver exercício de função, atividade, direito, autoridade ou múnus suspenso por decisão judicial definitiva de natureza penal, voltando-se aos efeitos extrapenais específicos da condenação, previstos no artigo 92, I a III, do Código Penal, que são: perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, incapacidade para o exercício do pátrio poder (atualmente poder familiar), tutela ou curatela e inabilitação para dirigir veículo (CUNHA, 2008, p. 466; NUCCI, 2007, p. 1120).

Verifica-se, como antes aduzido, que a decisão de deferimento de medidas protetivas não é definitiva e não está relacionada aos efeitos da condenação, devendo-se ressaltar que tais medidas são cautelares, que a qualquer momento podem ser revogadas ou modificadas pelo magistrado. Dessa forma, a conduta de descumprir decisão judicial de concessão de medidas protetivas não se amolda ao tipo do artigo 359, mas do artigo 330 do Código Penal, que tipifica a conduta de “desobedecer à ordem legal de funcionário público”.

Acolitam o entendimento de que a conduta de descumprir medidas protetivas se amolda ao tipo do artigo 330, do Estatuto Repressivo, Sérgio Ricardo de Souza (2009, p. 68), Amini Campos e Lindinalva Corrêa (2009, p. 392), bem como o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios<sup>12</sup>. Impende destacar que o legislador, ao editar a Lei 11.340/2006, deveria ter previsto tipo penal específico para a conduta de descumprimento da ordem judicial de concessão de medidas protetivas, pois a pena prevista para o delito de desobediência, descrito no artigo 330 do Código Penal (detenção de quinze dias a seis meses e multa) é pequena, impedindo, por exemplo, que a prisão preventiva do agressor por descumprimento de medida protetiva possa ter maior duração.

### **Considerações Finais**

A Lei 11.340/2006, editada após anos de luta das mulheres, atende aos ditames constitucionais e aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e objetiva prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher a fim de buscar a tão almejada igualdade substancial entre homens e mulheres.

Para a proteção da integridade física, psíquica, moral e patrimonial da mulher, o citado diploma legal previu medidas protetivas de urgência, que são cautelares que podem ser requeridas pela vítima em todas as espécies de crime, sem a assistência de advogado, bem como concedidas de ofício pelo magistrado, que, ao deferi-las, deve fixar prazo razoável

---

12 Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados: 20070111420787APJ, Relator JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, julgado em 02/03/2010, DJ 19/03/2010 p. 171; 20080310233817APR, Relator GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, julgado em 03/12/2009, DJ 11/03/2010 p. 172; e 20090310148035APR, Relator JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 21/10/2010, DJ 05/11/2010 p. 366.

de duração, que pode se estender até o trânsito em julgado da sentença. Dentre tais medidas, destacam-se alternativas à segregação cautelar do agressor, tal como previsto no projeto do Novo Código de Processo Penal.

Ademais, os instrumentos processuais dispostos pela lei, como o acompanhamento multidisciplinar e a fixação de *astreintes*, são de fundamental importância para a conscientização da vítima e do agressor acerca dos episódios de violência e para compelir o agressor a cumprir as medidas protetivas de urgência. Outrossim, a lei ainda introduziu nova condição de admissibilidade da prisão preventiva que pode ser deferida para garantir a efetividade das medidas protetivas, estando presentes os pressupostos e fundamentos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Além disso, diante da ausência de tipo penal específico, observa-se que a conduta de descumprimento das medidas protetivas se amolda ao crime de desobediência, descrito no artigo 330 do Código Penal.

Portanto, diante da vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica, é necessário que o Estado atue na real implementação dos instrumentos processuais previstos pela Lei 11.340/2006 e de políticas públicas de gênero para o adequado amparo e proteção da mulher, a fim de prevenir e erradicar uma das formas mais cruéis de violência, que é a doméstica e familiar contra a mulher.

### **Procedural Instruments to protect women victims of domestic violence**

**Abstract:** Research on the procedural instruments of protection to women who are victims of domestic violence. Law 11.340/2006 has been edited in order to address the constitutional dictates and the international commitments made by Brazil and aims to refrain and to prevent the practice of domestic violence against women. The law, to protect the physical, mental, moral and also the property of women, provides for the possibility of applying protective measures of urgency, that are

precautionary, which may be required by the offended herself, without needing a lawyer, as well as deferred by the judge. In order to ensure the effectiveness of those measures, the mentioned legal diploma establishes instruments, such as the multidisciplinary service and executive measures, such as setting of *astreintes*. In addition, the law introduced new condition for admissibility of pretrial detention that can be deferred to ensure the effectiveness of protective measures, since the legal requirements and legal grounds are present as described in article 312 of the Criminal Procedure Code. In front of the lack of specific criminal type, the conduct of noncompliance of protective measures of urgency shapes to the crime of disobedience under article 330 of the Penal Code.

**Keywords:** Domestic violence - protective measures of urgency.

## Referências

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

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

\_\_\_\_\_. Lei Maria da Penha: uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1611, 29 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10692>>. Acesso em: 28 jul. 2010.

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei “Maria da Penha”: alguns comentários. In: BASTOS, Marcelo Lessa. *Escritos de direito penal e de processo penal*. Campos dos Goytacazes, RJ: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2007, p. 75-107.

BIANCHINI, Alice; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Lei de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei Maria da Penha): constitucionalidade e convencionalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 402, ano 105, p. 3-21, mar./abr. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 100512/MT. Sexta Turma. Impetrante: Ruy Barbosa Marinho Ferreira Kemper. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Paciente: Wilson Vicente do Amaral. Relator Ministro Paulo Gallotti. Brasília, DF, 3 de junho de 2008. DJe, 23 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus nº 109674/MT. Sexta Turma. Impetrante: Teresinha Aparecida Braga Menezes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Paciente: Edinaldo José da Silva. Relator Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 6 de novembro de 2008. DJe, 24 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

CALMON, Eliana. A Lei Maria da Penha. *Justiça & Cidadania*, n. 107, p. 48-52, jun. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A lei da violência doméstica e familiar contra a mulher e o processo civil. *Revista de Processo*, ano 34, n. 168, p. 255-265, fev. 2009.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos humanos das mulheres*: doutrina, prática, jurisprudência, modelos, direito comparado, estatísticas, estudo de casos, comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), legislação internacional e coletânea de normas. Curitiba: Juruá, 2009.

CAMPOS, Roberta Toledo. Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha. *De jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 8, p. 271-286, jan./jun. 2007.

CARVALHO, Fabiano. Medidas protetivas de urgência na lei da violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 408, ano 106, p. 145-163, mar./abr. 2010.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”*, Nº 11.340/06. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

CRISTINO, Fernanda da Rosa. Pela redução da impunidade da violência doméstica. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 54, 30 jun. 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2968](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2968)>. Acesso em: 07 set. 2010.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: drama, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal: parte especial*. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3.

\_\_\_\_\_; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006): comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). *Revista de Processo*, ano 33, n. 160, p. 9-31, jun. 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Penal. Apelação Criminal nº 20090310148035. Segunda Turma Criminal. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado: G. M. S. Relator: Desembargador João Timóteo de Oliveira. Brasília, DF, 21 de outubro de 2010. DJ, 5 nov. 2010, p.

366. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/juris/juris\\_cons3.asp](http://www.tjdft.jus.br/juris/juris_cons3.asp)>. Acesso em: 16 abr. 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Penal e Processual. Apelação Criminal nº 20080310233817. Primeira Turma Criminal. Apelantes: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e A. N. C. Apelados: os mesmos. Relator Desembargador George Lopes Leite. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2009. DJ, 11 mar. 2010, p. 172. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/juris/juris\\_cons3.asp](http://www.tjdft.jus.br/juris/juris_cons3.asp)>. Acesso em: 16 abr. 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Penal e Processual Penal. Apelação Criminal nº 20090210050448. Segunda Turma Criminal. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado: R. J. C. Relator Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos. Brasília, DF, 13 de maio de 2010. DJ, 26 maio 2010, p. 208. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/juris/juris\\_cons3.asp](http://www.tjdft.jus.br/juris/juris_cons3.asp)>. Acesso em: 16 abr. 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Penal e Processual Penal. Apelação Criminal no Juizado Especial nº 20070111420787. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Apelante: Antônio Almeida Ribeiro. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator Juiz José Guilherme de Souza. Brasília, DF, 2 de março de 2010. DJ, 19 mar. 2010, p. 171. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/juris/juris\\_cons3.asp](http://www.tjdft.jus.br/juris/juris_cons3.asp)>. Acesso em: 16 abr. 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo Penal. Agravo de Instrumento nº 20100020086761. Segunda Turma Criminal. Agravante: A.V.S. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator Desembargador João Timóteo de Oliveira. Brasília, DF, 22 de julho de 2010. DJ, 4 ago. 2010, p. 139. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/juris/juris\\_cons3.asp](http://www.tjdft.jus.br/juris/juris_cons3.asp)>. Acesso em: 16 abr. 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*: de acordo com a Lei n. 11.340/06 – Lei Maria da Penha e com

a Lei n. 11.441/07 – Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. Medidas cautelares previstas na Lei “Maria da Penha”: primeiras observações. *Revista Magister de direito penal e processual penal*, ano IV, n. 23, p. 27-35, abr./maio 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Violência doméstica contra a mulher. *Revista IOB de Direito de Família*, ano XI, n. 56, p. 15-46, out./nov. 2009.

MOREIRA FILHO, Irênio da Silva. Vara de família e juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher: análise acerca de eventual competência concorrente e sua repercussão sobre outras questões processuais atinentes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1948, 31 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11916>>. Acesso em: 28 jul. 2010.

MOSSIN, Heráclito Antônio. Lei Maria da Penha: representação e prisão preventiva. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 407, ano 106, p. 559-570, jan./fev. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

PINHO, Rodrigo Bossi de. A aplicação analógica da Lei Maria da Penha. *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, n. 46, p. 305-319, 2009.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha (11.340/06): comentários artigo por artigo, anotações, jurisprudência e tratados internacionais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

---

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

MARTINS, Jaqueline Moraes. Instrumentos processuais de proteção à mulher vítima de violência doméstica. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 5, p. 63-99, 2011. Anual.

---

**Submissão:** 28/07/2011

**Aceite:** 14/10/2011



---

# Lei Maria da Penha, Ciclo da Violência e a Suspensão Condicional do Processo: Percepções da Prática Experimentada no Distrito Federal

## **Alessandra Campos Morato**

Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Segurança Pública pelo UniCeub.

## **Fabiana Costa Oliveira Barreto**

Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília.

## **Juliana Vieira Pelegrini**

Advogada na área de Família e Sucessões. Especialista em Direito pela PUC/Paraná.

## **Luciana Asper y Valdés<sup>1</sup>**

Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

**Resumo:** O presente trabalho pretende resgatar a importância da vivência diária dos promotores de Justiça na formulação de uma política de enfrentamento, na elaboração de uma doutrina e jurisprudência da violência. Defende-se a constitucionalidade e uma interpretação do artigo 41 da Lei Maria da Penha que leve em conta o ciclo da violência e a consequente necessidade de experimentação de mecanismos de monitoramento desse ciclo. Um desses mecanismos é a suspensão condicional do processo como estratégia para facilitar a colaboração da vítima para a instauração do processo penal, evitar a prescrição, permitir o tratamento individualizado dos casos, imprimir celeridade à responsabilização do agressor e permitir a inserção de outras condições que se mostrem necessárias para o enfrentamento da situação de violência apresentada, ampliando e facilitando o acesso da vítima à Justiça.

**Palavras-chave:** Violência de gênero - políticas públicas. Lei Maria da Penha.

---

1 Alessandra Morato, Fabiana Costa e Luciana Asper são promotoras de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Juliana Pelegrini é advogada na área de família em Curitiba, Paraná.

**Sumário:** Introdução. 1 A Importância da Vivência Diária dos Promotores de Justiça na Formulação de uma Política de Enfrentamento, na Elaboração de uma Doutrina e Jurisprudência da Violência Doméstica. 2 O Artigo 41 da Lei Maria da Penha, o Ciclo da Violência e a Necessidade de Criação de Mecanismos de Monitoramento, como a Suspensão Condicional do Processo, para Enfrentamento Eficaz do Fenômeno. 2.1 A Suspensão Condicional do Processo Facilita a Colaboração da Vítima para a Instauração do Processo Penal. 2.2 A Suspensão Condicional do Processo Evita a Prescrição. 2.3 A Suspensão Condicional do Processo Permite o Tratamento Individualizado dos Casos. 2.4 A Suspensão Condicional do Processo Imprime Celeridade à Responsabilização e Permite a Inserção de Outras Condições que se Mostrem Necessárias para o Enfrentamento da Situação de Violência Apresentada. 2.5 A Suspensão Condicional do Processo Facilita o Acesso da Vítima à Justiça. 3 Conclusão. Referências.

## Introdução

O Ministério Público é instituição permanente reconhecida como essencial à função jurisdicional do Estado, sendo sua incumbência a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>2</sup>.

A nova configuração dada ao Ministério Público pela Constituição de 1988 pressupõe uma instituição atenta às mudanças sociais em curso e capaz de se adequar às novas exigências de um mundo cada vez mais globalizado e cambiante.

A confiança depositada pela sociedade no Ministério Público faz que lhe sejam confiadas missões difíceis, muitas delas implicando numa necessidade de rompimento com uma forma de atuação marcadamente dogmática e estática em prol de movimentos proativos impulsionadores de transformações institucionais necessárias ao acompanhamento das mudanças sociais em curso e para a garantia efetiva dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

---

2 Artigo 127 da Constituição Federal.

A atuação do Ministério Público como defensor do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis ainda é matéria em construção, sendo muitas vezes mal compreendida em um país como o nosso, de experiência democrática ainda muito recente. Os obscuros anos de repressão política e todos os métodos usados para sua manutenção (tortura, delação, dossiês, etc.) ainda pairam como lembranças fantasmas sobre nossas instituições, exigindo rompimento radical e profundo com tudo que implique um apego excessivo e não mais justificável em um passado que queremos esquecer.

O processo de construção democrática de uma sociedade mais justa e igualitária é lento e, infelizmente, sujeito a rupturas e retrocessos. Daí a importância de uma instituição permanente incumbida de zelar por esse ideal. Uma instituição que, antes de tudo, perceba-se capaz de alterar suas estruturas internas e formas de pensamento que não mais se coadunam com a grandeza da missão que lhe foi conferida pelo constituinte originário e por todas as leis ordinárias que se seguiram reafirmando essa confiança e missão transformadora.

Dentro desse processo de mudanças, de reabertura democrática e reformulação das instituições de segurança pública, principalmente do Ministério Público brasileiro, surgiu a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, destinada a disciplinar o processo e o julgamento das infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapassasse dois anos.

A referida lei trouxe para o olhar do Estado uma série de violações de direitos humanos que antes ficavam à sua margem e que acabavam preteridas diante de crimes considerados mais graves nas varas criminais comuns, tais com, roubo, estupro, homicídio, latrocínio, etc.

A chamada Lei dos Juizados Especiais Criminais trouxe visibilidade a esses tipos de infrações e democratizou o acesso das vítimas à Justiça, valorizando sua participação e primando por uma

atuação desburocratizada e célere, mais focada na resolução do caso concreto do que nos rituais usados para que o Estado dele tomasse conhecimento.

Ao trazer à luz os casos que antes eram relegados ao limbo jurisdicional, a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, também trouxe à tona uma antiga e vergonhosa chaga social: a violência sistemática praticada contra as meninas e mulheres nos lares brasileiros, uma violência fomentada por nossa cultura patriarcal sexista e favorecida pela invisibilidade social.

Após dez anos em vigor e do escândalo provocado pela inadequação de uma lei que, a par de conferir visibilidade, favorecia a reprodução no âmbito público da violência cometida contra as mulheres na esfera privada, obteve-se consenso social e político suficientes para o surgimento de um novo regime jurídico no enfrentamento da violência doméstica contra a mulher.

E foi nesse contexto que surgiu a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha.

O presente texto analisa de forma panorâmica algumas das mudanças trazidas pela Lei Maria da Penha no ordenamento jurídico pátrio perante a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, resgatando suas intenções históricas de rompimento com uma ordem jurídica tradicional e ineficiente para o enfrentamento da violência doméstica e a importância do papel do Ministério Público como agente vigilante, defensor e propulsor de tais intenções históricas de transformação da realidade.

Defende-se a figura do promotor de Justiça como agente público capaz de efetivar transformações estruturais – de pensamento, de intervenção e de modelos – e do Ministério Público como instituição

que lhe permita o exercício dessa atividade de forma responsável e coordenada.

O reconhecimento do ciclo da violência como estruturante e mantenedor das reiteraões criminosas em violência doméstica, bem com, sua insofismável influência potencializadora da dificuldade de controle desse tipo de crime nos fazem crer que são necessários instrumentos novos e específicos para desmontá-lo.

Instrumentos que respeitem a essência da Lei Maria da Penha e, atendendo o seu espírito flexível, criem novas formas de mapeamento, identificação e enfrentamento da violência doméstica contra a mulher.

O presente texto reconhece o potencial revolucionário contido na Lei Maria da Penha e defende que, para a repressão e a prevenção da violência doméstica contra a mulher, ele deve ser valorizado pela experimentação responsável de práticas criativas, acompanhadas institucionalmente pelo Ministério Público, e validado pela pesquisa científica contínua, citando alguns exemplos de como essa forma de atuação vem se desenvolvendo no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

## **1 A Importância da Vivência Diária dos Promotores de Justiça na Formulação de uma Política de Enfrentamento, na Elaboração de uma Doutrina e Jurisprudência da Violência Doméstica**

A violência contra a mulher é grave violação dos direitos humanos. Como defensor desse direito indisponível a uma vida sem violência, o Ministério Público ocupa lugar de destaque na Lei Maria da Penha, devendo intervir em todas as causas cíveis e criminais com poder de

fiscalização, requisição e armazenamento de dados para pesquisa e estudos da evolução das formas de enfrentamento do fenômeno<sup>3</sup>.

A importância de um conhecimento que é testado e falseado na prática mediante métodos científicos de pesquisa é também reconhecida pela Lei Maria da Penha, em vários artigos, mas em especial no inciso II do artigo 8º, em qual se lê que a promoção de estudos, pesquisas, dados estatísticos são relevantes para avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas.

Como promotoras de Justiça com considerável experiência diária no enfrentamento da violência doméstica contra a mulher, possuímos em comum a convicção de que esse é um fenômeno que desafia o Sistema de Justiça Criminal a buscar alternativas eficazes para seu controle e sua redução.

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, inaugurou um novo modelo de intervenção, pautado na doutrina da proteção integral da mulher em situação de violência doméstica, reconhecendo que os mecanismos oferecidos pela resposta penal tradicional isolada eram insuficientes e ineficazes.

O modelo com o qual a Lei Maria da Penha veio romper estava assentado numa Justiça marcadamente omissa e conciliatória, que, ao ignorar a desigualdade de poder entre homens e mulheres na esfera doméstica, utilizava para julgá-las os mesmos parâmetros com os quais decidia as chamadas infrações de menor potencial ofensivo

Assim, uma Justiça que se mostrava razoavelmente eficiente para solucionar conflitos interpessoais menos grave, revelou-se um desastre diante das graves violações de direitos humanos a que eram submetidas as mulheres brasileiras cotidianamente.

---

3 Artigos 25 e seguintes da Lei Maria da Penha.

A radicalidade desse rompimento necessário já se anunciava nos intensos debates que antecederam a promulgação da Lei Maria da Penha, nos quais se ressaltava, sobretudo, a necessidade de um corte simbólico – para ser efetivo – com tudo que remetesse a essa justiça conciliatória, omissa e ineficiente para esse tipo de violação de direitos.

Onde existe real e concreta desigualdade de poder, bradava o espírito da Lei Maria da Penha, não há espaço para justiça conciliatória.

Acompanhamos todos esses movimentos, não só do ponto de vista da evolução doutrinária e jurisprudencial, mas principalmente no dia a dia forense, entre os homens e mulheres vitimados por esta violência, seus protagonistas e os principais destinatários da revolução exigida pela Lei Maria da Penha.

E foi com essa vivência diária, acrescida do amadurecimento das interpretações que vem se formando em torno da lei, que firmamos a convicção de que temos hoje a chance ímpar de construir um modelo realmente eficiente para o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher.

Um modelo de enfrentamento que rejeita a conciliação por princípio, eis que reconhecemos estar diante de uma real desigualdade de poder criada pelo recorte de gênero, mas um modelo que humildemente reconhece que não existem ainda respostas prontas para o fenômeno.

Um modelo que reconhece a Lei Maria da Penha como uma das mais avançadas do mundo na matéria, que defende sua constitucionalidade e a necessidade de que não seja exigida da mulher autorização para o processo-crime, porque sabemos que não há liberdade de escolha onde grassa a opressão.

Pelo engajamento e pela altíssima qualidade de seus membros, o Ministério Público do Distrito Federal vem promovendo, desde antes da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, terreno riquíssimo, apto a

produzir excelentes resultados, fundamentados numa série de estudos e movimentos que valorizam a criatividade e estimulam promotores e servidores a buscar alternativas para enfrentamento dessa verdadeira chaga social que é a violência doméstica.

Esse terreno riquíssimo, fruto da conjunção de nossos embates diários nos *fronts* das salas de audiências, pesquisas empíricas e atualização teórico-doutrinária constante foi construído em cima da pluralidade, da certeza de que não tínhamos as respostas prontas e que, portanto, devíamos evitar toda e qualquer exclusão que não afrontasse nosso núcleo básico:

a) a constitucionalidade da lei;

b) a rejeição ao modelo conciliatório; a necessidade de responsabilização do/a agressor/a;

c) a impropriedade de se exigir da mulher autorização para a ação penal fora dos casos expressamente previstos na legislação penal comum ordinária e, especialmente,

d) ter como norte em toda atuação a busca por medidas que possam assegurar oportunidades e facilidades para a mulher viver sem violência, preservando sua saúde física e mental, seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social, nos termos do art. 2º da Lei.

Por que vivemos e estudamos com afincamento o tema, acreditamos que cinco anos de existência é um tempo histórico ainda incipiente para se falar em consolidação de entendimentos, principalmente em matéria tão desafiadora como a violência doméstica contra a mulher.

Vivemos um momento de experimentação e de possibilidades novas que nos eram vedadas antes do advento da Lei Maria da Penha. Todo nosso modo de raciocinar e enxergar a intervenção jurídico-penal foi colocado em xeque com a edição da lei.

O que ela exige de nós é uma total reformulação hermenêutica, inclusive, para reconhecer nossa necessidade de construir interpretações não mais baseadas apenas em nossos conhecimentos técnico-dogmáticos, mas sim e principalmente calcadas no teste da realidade: na pesquisa-ação empírico-teórica.

Longe se vai o tempo em que à edição de uma lei bastavam textos doutrinários elaborados no hermetismo das academias. A sociedade exige uma doutrina e uma jurisprudência que resistam ao teste da realidade: a interpretação proposta deve se mostrar efetivamente a mais eficaz para enfrentamento do problema. Recursos como interpretação lógica, teleológica, literal e tantas outras não sobreviverão sem o que os novos tempos exigem: o teste das ruas, dos fóruns, das salas de audiência, dos lares brasileiros.

Firmes nessas convicções é que defendemos a pluralidade e a construção de modelos realmente eficazes no enfrentamento da violência doméstica por parte dos promotores e das promotoras de Justiça, agentes públicos que necessitam do apoio institucional, no sentido de não lhes serem vedadas hipóteses em construção antes que tenham tido a chance de avaliá-las por métodos científicos e respeitados.

Acreditamos que um posicionamento institucional que sufoque no nascedouro as propostas múltiplas que estão surgindo, no atual momento histórico de construção dos significados e das possibilidades da Lei Maria da Penha, é desestimulante e não condiz com a posição de vanguarda que o Ministério Público merece ocupar no cenário nacional.

Assim é que cremos que vedar, nesse momento e sem qualquer respaldo na realidade concreta (dados empíricos), a aplicação de institutos com potencial criativo, como, por exemplo, a suspensão condicional do processo, é contraproducente.

## **2 O Artigo 41 da Lei Maria da Penha, o Ciclo da Violência e a Necessidade de Criação de Mecanismos de Monitoramento, como a Suspensão Condicional do Processo, para Enfrentamento Eficaz do Fenômeno**

Nesse processo de rompimento com a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, o legislador pátrio optou por inserir na Lei Maria da Penha dois artigos que são fundamentais e estruturantes para orientar a interpretação de todos os demais dispositivos, não só nela contidos, mas também relacionados a outros diplomas legais que digam respeito ao enfrentamento da violência doméstica contra a mulher.

São eles o artigo 4º e o artigo 41 que, se observados em conjunto, são excelentes mecanismos facilitadores da tarefa do intérprete. O primeiro manda o hermenêuta observar os fins sociais a que a lei se destina e a situação peculiar da vítima de violência doméstica. O segundo afirma que nos casos de violência doméstica não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Ora, mas para não cairmos na sedução fácil de uma interpretação literal – que séculos de experiência jurídica acumuladas afirmam que nunca é a que melhor auxilia o intérprete – é necessário considerável esforço do hermenêuta para, conjugando os dois artigos supracitados, chegar a real intenção da lei.

O cerne da intenção declarada da Lei Maria da Penha já vem anunciado no artigo 1º, ou seja, *coibir e prevenir* a violência doméstica contra a mulher. Repressão e prevenção estão em igualdade de importância em termos de objetivos expressos na lei.

Todos que trabalham com violência doméstica sabem que uma das peculiaridades que caracterizam e distinguem esse tipo de infração das demais é o chamado ciclo da violência.

O ciclo da violência é marcado pela fase de explosão (geralmente o momento em que a mulher procura o Estado: delegacia, Judiciário, serviço de saúde, etc.), seguida da fase de arrependimento do agressor, do pedido de perdão, das promessas de mudanças e reconciliação (que geralmente coincidem com a fase em que a mulher chega à presença do juiz e do Ministério Público pela primeira vez), passando pela fase da nova lua de mel e de recomeço do ciclo.

Como coibir e prevenir com eficácia tais crimes se não se dá a devida atenção a esse ciclo?

E cada ciclo, a par das características genéricas acima explicitadas, é único e varia de casal para casal. Assim, os profissionais envolvidos precisam de um tempo razoável para identificar os mecanismos que engendram e favorecem o ciclo de cada casal para que se cumpra a real intenção da lei: a repressão e a prevenção de novos casos.

Geralmente o prazo de duração de um processo é insuficiente para que os profissionais possam identificar o ciclo daquele casal e suas peculiaridades. A literatura especializada já apontou a importância da existência do inquérito, medida ou processo em curso como instrumento de equalização de poder dentro da arena doméstica (PASINATO, 2004).

Como processo ou procedimento em curso, entendemos aquele ainda não finalizado com sentença, propiciando um reequilíbrio de forças que favoreça transformações na dinâmica do casal voltadas para interrupção do ciclo violento.

Cientes da importância da observação do ciclo da violência para enfrentamento eficaz da violência doméstica, temos que esse é justamente um dos pontos em que a conjugação entre os artigos 4º e 41 se faz necessária para que se cumpra a integral intenção da Lei Maria da Penha.

No ordenamento jurídico pátrio hoje já existe um instituto com potencialidade suficiente para, se bem aplicado, servir para observação desse ciclo e propiciar terreno equilibrado o bastante para estimular a modificação da dinâmica violenta instalada entre o casal.

Esse instrumento é a suspensão condicional do processo, instituto geograficamente localizado no artigo 81 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, mas a ela não pertencente.

A suspensão condicional do processo, se bem aplicada, é plenamente compatível com a Lei Maria da Penha por não violar seu núcleo básico. Ao contrário, é hoje o instrumento jurídico adequado à sua aplicação ampla e eficaz.

O artigo 41 da Lei Maria da Penha, ao rejeitar a aplicação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para os casos de violência doméstica contra a mulher, buscava romper com uma série de práticas ineficientes no enfrentamento da violência de gênero, dentre elas, a necessidade de reiteração da representação da vítima na presença do juiz em audiência, sob pena de configuração da famigerada renúncia tácita.

Assim é que o artigo 16 diz – *a contrario sensu* – que essa reiteração da representação não é mais necessária para que o Ministério Público ofereça a denúncia. Basta qualquer manifestação de vontade da vítima e, independentemente de audiência prévia, está satisfeita a condição de procedibilidade para os casos em que a lei ainda a exige.

Outra prática abolida pelo artigo 41 era a possibilidade de que a retratação ou a renúncia da vítima ocorressem em outro local ou perante outras pessoas que não o juiz e o Ministério Público. A obrigatoriedade de que esses agentes do Estado analisem a manifestação da mulher está implícita no artigo 16 e, em consonância com os ditames do artigo 4º, que manda o intérprete levar em conta a situação peculiar da vítima de violência doméstica. Se essa vontade não é livre de coação, se a

instauração do inquérito não serviu para restabelecer um mínimo de equalização de poder entre as partes que afaste manifestações viciadas por desigualdade de gênero, então aqueles profissionais não só podem, como devem, afastar essa retratação e intervir no caso concreto.

É fato que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 106212/MS, causou comoção nacional, deflagrando uma série de textos e opiniões já formadas sobre a vedação do referido instituto para o enfrentamento da violência doméstica. Essa versão da decisão do Supremo Tribunal Federal é muito compreensível para as pessoas que não conhecem a Justiça Criminal por dentro, mas não para nós, juristas e operários diários na violência doméstica.

Primeiro porque se sabe que a construção da interpretação de uma lei é um processo lento de consolidação histórico-social.

Segundo porque da leitura integral dos votos percebe-se claramente que o referido Tribunal não enfrentou a questão da suspensão condicional do processo como instituto que transcende a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Limitou-se a reafirmar a constitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha, com o que concordam as autoras do presente texto.

Já o Superior Tribunal de Justiça afirmou recentemente o cabimento da suspensão condicional do processo nos casos de violência doméstica contra a mulher. No julgamento do HC nº 154801 afirmou-se que a constitucionalidade do artigo 41 não implica necessariamente a proibição de normas de cunho eminentemente processual, como é a suspensão condicional do processo.

O referido julgado faz referência à corrente doutrinária que reconhece o caráter pedagógico e intimidador da suspensão condicional do processo para o agressor, sendo certo que a generalização do impedimento da aplicação de tal instituto não é medida conveniente,

devendo o Judiciário se manifestar nos casos concretos que lhe são apresentados de forma a construir eficazmente jurisprudência responsável e baseada na realidade observada.

Temos, ainda, que a possibilidade da aplicação da suspensão processual e suas potencialidades criativas não conflitam com a constitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha, por razões jurídicas sim, mas principalmente por razões concretas, reais e que dizem respeito à vida dos principais interessados: os homens e as mulheres em situação de violência doméstica. Destacamos, dentre essas razões:

## 2.1 A Suspensão Condicional do Processo Facilita a Colaboração da Vítima para a Instauração do Processo Penal

Mesmo nos casos em que a ação penal pública é incondicionada, a colaboração da vítima é fundamental para que a ação penal seja iniciada ou resulte em condenação, já que, na grande maioria dos casos, a única prova da autoria, ou mesmo da materialidade, se concentra na palavra da vítima.

Quando a vítima é informada de que seu companheiro ou o pai de seus filhos vai ser responsabilizado, mas sua folha penal não ficará “suja”, é mais comum convencê-las de representar ou de falar a verdade. Assim, o instituto possibilita alcançar mais casos e responsabilizar mais agressores.

## 2.2 A Suspensão Condicional do Processo Evita a Prescrição

Aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher que abarrotam os Juizados da Mulher, os mais comuns, são cominadas penas mínimas que prescrevem em três anos.

Não estamos aqui falando de estupros conjugais, tentativas de femicídio, lesões graves e os próprios femicídios. Não são estes os crimes responsáveis por quase 90% dos casos trazidos ao Judiciário. Estamos falando dos crimes que acabam sendo preparatórios para estes e que, se bem enfrentados, com o uso do instrumento de monitoramento adequado, impedirão essa escalada violenta. Estamos falando das infrações de vias de fato, ameaças, danos, lesões corporais leves, perturbações da tranquilidade, desobediência de medidas protetivas, etc., toda uma gama de infrações que respondem pela maioria da violência doméstica hoje trazida ao Judiciário.

Ora, quem conhece o funcionamento da Justiça criminal sabe que delitos com essa característica costumam ser comumente atingidos pela prescrição, seja na fase da persecução penal, seja na fase da execução da pena.

Estudo realizado no Distrito Federal sobre crimes de furto, cuja pena é superior aos acima descritos, concluiu:

Exceto em Brasília, nas diversas circunscrições judiciárias que compuseram a amostra, o número de processos de furto em que houve prescrição aproximou-se 20% do número de sentenças condenatórias. Há cidades em que o número de condenações assemelha-se ao de processos com prescrição, a exemplo de Taguatinga, Brazlândia e Paranoá, ou supera o dobro desse número, como em Planaltina.

Na fase da execução da pena, esse comportamento também é observado. Dos processos de furto em que houve condenação, o índice de cumprimento da pena é baixo [...] após dez anos da data dos fatos, apenas 36,08% das execuções penais de furto haviam sido concluídas. Nota-se também que o número de execuções de penas diversos do regime fechado ou semiaberto atingidas pela prescrição aproximou-se do número de penas da mesma natureza que foram cumpridas. (CASTILHO, 2009, p. 92-93).

A mesma pesquisa concluiu sobre os casos de suspensão condicional do processo que:

Cabe ressaltar, entretanto, os casos de suspensão condicional do processo. Dos 36 feitos que tiveram esse resultado, em 28 houve o cumprimento das condições, em 4 a extinção da punibilidade foi declarada em razão dos transcurso do período de provas e em 4 não foi possível identificar a causa da extinção. Ou seja, observou-se maior exequibilidade das decisões judiciais quando ocorre a suspensão condicional do processo, já que o cumprimento ocorreu em 77% dos casos (CASTILHO, 2009, p. 99).

O comportamento no processamento dos crimes de violência doméstica, acima mencionados, tende a ser semelhante ou piorado, já que possuem pena inferior ao do crime de furto. Portanto, a suspensão condicional do processo para os crimes punidos com pena mínima inferior a um ano possibilita a responsabilização de maior número de autores e auxilia o cumprimento das sanções aplicadas.

### 2.3 A Suspensão Condicional do Processo Permite o Tratamento Individualizado dos Casos

Um mesmo tipo penal abarca uma série de fatos, de gravidades diferenciadas. A suspensão condicional do processo permite que haja tratamento diferente para casos diferentes.

O artigo que prevê a suspensão condicional do processo permite que o promotor de Justiça e o juiz façam avaliação caso a caso sobre o cabimento do instituto. Nos casos de maior gravidade, o instituto poderá ser afastado.

Essa diferenciação permite um acompanhamento mais individualizado dos crimes mais graves, para que se evite a prescrição apontada no item anterior para esses delitos.

## 2.4 A Suspensão Condicional do Processo Imprime Celeridade à Responsabilização e Permite a Inserção de Outras Condições que se Mostrem Necessárias para o Enfrentamento da Situação de Violência Apresentada

A suspensão condicional do processo permite que, logo após a prática do crime, o autor seja submetido a condições que o responsabilizarão pela prática do ato.

A sanção aplicada por meio da condenação criminal pode levar anos para ser aplicada ou mesmo executada, prejudicando a sua efetividade.

As condições judiciais podem ser sugeridas pelo promotor ao juiz antes e durante a audiência, destacando para a defesa que o interesse do Ministério Público na suspensão está vinculado a condições que possam enfrentar a situação de violência doméstica e instrumentalizar uma vida sem violência para a mulher.

Assim, as condições devem ter um conteúdo de responsabilização, aplicando-se horas de prestação de serviço na mesma proporção que seria aplicada na VEPEMA e logo após a ocorrência do fato, evitando que o caráter pedagógico se perca no tempo.

As condições podem conter medidas protetivas diversas a assegurar maior tranquilidade para as vítimas, porque são acompanhadas em tempo real pelo juiz e promotor natural, que acabam criando um vínculo moral com as partes e a efetiva interrupção do ciclo violento.

São todas possibilidades que permitem, ao mesmo tempo, desenvolver nossa criatividade no enfrentamento diário da violência e acompanhar mais de perto se as condições impostas estão aptas a criar oportunidades para uma vida sem violência.

## 2.5 A Suspensão Condicional do Processo Facilita o Acesso da Vítima à Justiça

O instituto permite que, entre dois a quatro anos, o denunciado seja submetido a período de prova.

Durante esse prazo, a vítima tem acesso a órgãos que já são responsáveis por seu caso, situados em sua circunscrição. A qualquer momento a vítima tem acesso à promotoria para noticiar violação a medidas protetivas ou a prática de novos delitos, o que pode ensejar a decretação da prisão preventiva do denunciado e a revogação da suspensão.

Além desses, existem vários outros fundamentos plurais, pois, como se sabe, a realidade é infinitamente mais rica do que qualquer tentativa de sistematização doutrinária e intelectual, que deixamos por hora de apresentar para não tornar muito extensa essa peça, mas que pretendemos submeter à avaliação futura.

### 3 Conclusão

O presente trabalho não ambiciona afirmar que a suspensão condicional do processo é a única ou a melhor forma de enfrentamento da violência doméstica contra a mulher.

Nossa intenção é problematizar a questão propondo que os mecanismos de enfrentamento da violência doméstica levem em conta os institutos já existentes no ordenamento jurídico que não conflitem com a Lei Maria da Penha e se mostrem passíveis de experimentação para verificação de sua eficácia nos casos concretos que se apresentarem ao Judiciário.

Nossa proposta não tem a pretensão de que a suspensão seja adotada como modelo para todos os Ministérios Públicos do Brasil, ou

mesmo para todas as promotorias de justiça do MPDFT. Até acreditamos que é importante que não seja, para que possamos ter possibilidades comparativas. Questionamos tão somente a inconveniência de que nesse momento histórico de construção da interpretação da lei seja vedada essa experimentação sem teste e avaliação cientificamente reconhecida.

Assim é que no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios existem atualmente em curso projetos de monitoramento e comparação das diversas propostas de enfrentamento da violência doméstica contra a mulher.

Como integrantes dos grupos engajados nesses projetos consideramos a necessidade de se fazer avaliação dos resultados obtidos pelas promotorias de justiça envolvidas para que os resultados desse trabalho possam subsidiar futuras decisões a serem tomadas pelos membros do Ministério Público nessa seara.

Acreditamos que aqueles, como nós, que buscam maior efetividade na intervenção da Justiça para a redução e erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher encontrarão nessas práticas e projetos ricas fontes de dados para construir em seus respectivos Estados outras formas de enfrentamento que atendam as peculiaridades locais.

**Maria da Penha Law, Cycle of Violence and Conditional Suspension Process: Perceptions of Practices Experienced in the Federal District, Brazil**

**Abstract:** This work intends to recover the importance of daily experience of prosecutors in the formulation of a policy of confrontation, in the elaboration of a doctrine and jurisprudence of violence against woman. We defend the constitutionality and interpretation of article 41 of Maria da Penha Law that takes into account the cycle of violence and the consequent need to experiment with mechanisms for monitoring this cycle. One such mechanism is the conditional suspension of the process as a strategy to facilitate the cooperation of the victim to the initiation of criminal proceedings, avoid prescribing, allowing indivi-

dualized treatment of cases, the print speed offender responsibility and allow the inclusion of other conditions that be required for coping with the situation of violence is presented expanding and facilitating access of victims to justice.

**Key Words:** Gender violence - public policies. Maria da Penha Law.

## Referências

CASTILHO, Ela Wiecko de. *Roubo e Furto no Distrito Federal: avaliação da efetividade das sanções não-privativas de liberdade*. Brasília: UnB, 2009. p. 92-93. (O que se pensa na Colina, v. 4)

PASINATO, Wânia. *Justiça e violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero*. São Paulo: Annablume; FAPESP, 2004.

---

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

MORATO, Alessandra Campos et al. Lei Maria da Penha, ciclo da violência e a suspensão condicional do processo: percepções da prática experimentada no Distrito Federal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 5, p. 101-120. 2011. Anual.

---

**Submissão:** 12/9/2011

**Aceite:** 20/10/2011

---

# A Opção Legislativa pela Política Criminal Extrapenal e a Natureza Jurídica das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha

**Amom Albernaz Pires**

Promotor de Justiça adjunto no MPDFT. Pós-graduando em Ciências Penais pela FESMPDFT.

**Resumo:** O artigo busca abordar as medidas protetivas previstas na Lei 11.346/06 (Lei Maria da Penha) a partir de uma perspectiva interdisciplinar nos planos dogmático, criminológico e de política criminal, a fim de que alguns dos problemas decorrentes do advento das medidas protetivas sejam elucidados. A pesquisa revelou que as medidas protetivas constituem mecanismos *sui generis*, cuja natureza jurídica se distingue dos processos cautelares cíveis e penais. Tais medidas são fruto da opção legislativa por uma política criminal extrapenal e têm relação com o paradigma de gênero explicativo da violência contra a mulher positivado na Lei Maria da Penha. A intervenção penal, por sua vez, exerce papel sinérgico na missão de proteger a mulher-vítima.

**Palavras-chave:** Lei Maria da Penha – medidas protetivas. Política criminal extrapenal. Paradigma de gênero - natureza jurídica. Medidas cautelares. Intervenção penal.

**Sumário:** 1. A Lei Maria da Penha e as Medidas Protetivas. 2. Os Problemas Decorrentes do Advento das Medidas Protetivas. 3. As Medidas Protetivas e a Positivção do Paradigma de Gênero. 4. O Papel Sinérgico da Intervenção Penal na Proteção da Mulher. 5. As Medidas Protetivas e a Opção pela Política Criminal Extrapenal. 6. A Necessária Distinção entre Medidas Protetivas e Medidas Cautelares. 7. Conclusão. Referências.

## 1 A Lei Maria da Penha e as Medidas Protetivas

Em cumprimento ao § 8º do art. 226 da Constituição Federal de 1988 e aos compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar tratados de direitos humanos como os da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (conhecida pela

sigla inglesa CEDAW, promulgada no Brasil pelo Decreto 4.377/2002) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (esta conhecida como Convenção de Belém do Pará, promulgada pelo Decreto 1.973/96), foi sancionada a Lei 11.340/06, apelidada de Lei Maria da Penha, a qual cria mecanismos de prevenção, proteção, assistência e punição com vistas a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, ou seja, a violência contra a mulher no âmbito das relações privadas ou decorrente de tais relações (SABADELL, 2005, p. 10). Todas essas normas tutelam valores consensuais da comunidade internacional e visam à modificação dos padrões socioculturais fundados em preconceitos e estereótipos que resultam na valorização dos papéis masculinos em detrimento dos femininos e buscam transformar a igualdade jurídica (igualdade formal) entre homens e mulheres em igualdade material (igualdade de fato), em autêntica forma de discriminação positiva e ações afirmativas, conferindo-se tratamento desigual, para fins de nivelamento, a quem está em situação de desigualdade (CAMPOS, 2008, p. 256-257).

Os dados de violência contra a mulher no Brasil são alarmantes: em pesquisa realizada em 2010 pela Fundação Perseu Abramo em parceria com o SESC (2010, p. 247), constatou-se que uma mulher é espancada (deixando-se marcas, cortes ou fraturas) a cada 24 segundos no Brasil ou, noutros termos, cinco mulheres são espancadas a cada dois minutos. Tais dados, por si sós, denotam a necessidade de estudos e desenvolvimento de mecanismos de aplicação da Lei Maria da Penha que garantam sua efetividade na diminuição de tão elevados índices de violência, inclusive a diminuição da chamada cifra oculta, que não chega ao conhecimento do poder público. Aliás, o próprio § 2º do art. 3º da Lei 11.340/06 preceitua que não cabe apenas ao poder público criar as condições necessárias para a mulher ter o direito de viver sem violência,

cabendo esse papel também à sociedade, o que ora se faz mediante o presente artigo. Dentre as inovações da Lei 11.340/06, encontram-se as medidas protetivas de urgência, as quais estão disciplinadas entre os arts. 18 e 24. Embora ainda não haja estudos empíricos consistentes a respeito, tais medidas têm se apresentado como o vetor mais eficaz da Lei Maria da Penha. E isso porque o vetor tido pela própria Lei como preventivo limitou-se a enumerar políticas públicas cuja implementação ficou relegada a critério discricionário do Poder Executivo (Lei 11.340/06, arts. 8º e 35), ao passo que o vetor de assistência (art. 9º), do mesmo modo, depende do incremento dos serviços de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação por parte dos Poderes Executivo e Legislativo.

O vetor punitivo da Lei (arts. 17, 20 e 41 a 45), por sua vez, embora fundamental, também ainda se mostra pouco atuante, em especial em razão da retratação da representação oferecida pelas vítimas nas ações públicas condicionadas na grande maioria dos casos (MORATO et al, 2009, p. 91). As vítimas procuram a Justiça e a polícia para intervir na conflitualidade familiar, mas a pretensão da maioria delas com essa intervenção não é a condenação ou punição dos agressores, mas que tais instituições resolvam o conflito intrafamiliar travado com o homem ofensor (IZUMINO, 2004, p. 266-267). Pesquisas apontam vários motivos (que se manifestam de forma conjugada ou isoladamente) para explicar o desinteresse da vítima no processamento do ofensor: dependência emocional, vergonha, medo, receio de o ofensor recrudescer a violência e até assassiná-la, dependência econômica, depressão, passividade em razão do quadro reiterado de violência psicológica, demora da Justiça, crença na mudança de comportamento do ofensor, baixa autoestima, achar que vai ficar sozinha e não vai conseguir outro companheiro, receio de não conseguir sozinha prover às necessidades

dos filhos, descrença na capacidade de a Justiça solver o conflito etc.<sup>1</sup> Outro fator que enfraquece o vetor punitivo da Lei Maria da Penha são as inúmeras controvérsias em torno da adequação da resposta penal (SABADELL, 2005; CAMPOS, 1999), assim como em torno da interpretação e aplicação do art. 41 da Lei, cuja constitucionalidade, de resto, só muito recentemente foi declarada pelo STF em sede de controle difuso no âmbito do HC 106.212/MS, julgado em 24.03.2011. Contudo, o Tribunal não adentrou, de modo específico e pormenorizado, o mérito da necessidade ou não de representação para a propositura de ação penal pelo crime de lesão corporal leve, bem como vinculou – erroneamente – a proteção da mulher instituída pela Lei 11.340/06 à proteção da família, o que faz com que argumentos baseados em estereótipos de gênero (como o de “preservação da família” e “harmonia e paz do lar”) impeçam o processamento criminal e a condenação do agressor.

Diante desse cenário, o exame das prognoses legislativas feitas ao tempo da tramitação do Projeto de Lei originário da Lei Maria da Penha (PL 4.559/2004) e a sua interpretação sistemática permitem concluir que a lógica que deve nortear a sua aplicação não é aquela típica das varas criminais comuns, em que se busca verificar a existência do crime, identificar o autor e puni-lo, quando a vítima tem o papel circunscrito ao de simples testemunha dos acontecimentos. O tratamento dado pela Lei Maria da Penha à violência contra a mulher baseada no gênero coloca como meta superior a proteção máxima e

---

1 Vale frisar que tais dados variam de pesquisa para pesquisa, muito embora seja uma constante que ao menos metade ou a maioria das vítimas se desinteressa pelo processamento criminal do ofensor. Em pesquisa de campo realizada na Comarca do Rio Grande-RS entre os dias 10 de junho e 1º de julho de 2009, por exemplo, a partir de um universo reduzido das vítimas de 35 audiências, cerca de metade delas não tinha a intenção de manter a representação criminal contra o ofensor, “haja vista acreditarem na mudança de comportamento do suposto agressor” (CELMER, 2010, p. 04). “[...] Em grande parte das agressões, as mulheres não querem a prisão do marido ou companheiro, mas apenas que a agressão não se repita” (MELLO, 2010a, p. 143).

integral da mulher (CAMPOS, 2008, p. 249 e 264), isto é, a proteção mais ampla possível dos bens jurídicos de sua titularidade tais como a sua integridade física, psíquica, sexual, patrimonial e moral a partir de uma visão integrada dos campos cível e penal. Não se trata, portanto, de mera busca de um culpado e de sua consequente punição (de mera verificação da autoria, da materialidade e da tipicidade da conduta), mas também, e prioritariamente, de se resguardar a mulher-vítima da violação ininterrupta de seus direitos (enumerados exemplificativamente nos arts. 2º e 3º da Lei) e de empoderá-la no sentido de ter cada vez mais consciência desses direitos e de agir de conformidade com eles, para libertá-la de uma situação de passividade, fazendo-os valer perante as diversas instâncias do sistema de justiça especializado de violência contra a mulher e sendo capaz de romper ou de não contrair relacionamentos violentos, marcados por forte diferenciação de gênero, ou de pelo menos ter o poder de promover mudanças neles. Cuidase, noutras palavras, de opção de *política criminal extrapenal*, isto é, não focada primariamente no endurecimento da intervenção penal, na criminalização de condutas e na imposição de penas mais gravosas, mas, antes de mais nada, focada no desenvolvimento da capacidade de enfrentamento da situação de violência por parte da própria mulher-vítima e na reeducação e reabilitação do ofensor.

O eixo essencialmente protetivo da Lei (e, por consequência, também preventivo), portanto, é o que sem dúvida mais outorgou mecanismos às mulheres para comparecerem à Delegacia de Polícia ou Promotoria de Justiça mais próxima e, sem a necessidade de advogado (Lei 11.340/06, art. 27, *in fine*), formularem pedidos de proteção dirigidos ao Judiciário para que elas tenham sua integridade física, psicológica, sexual, patrimonial e moral salvaguardada, evitando-se a reiteração da violência ou a violência iminente por parte do ofensor que, na quase

totalidade dos casos, é o próprio marido ou ex-marido, o companheiro ou ex-companheiro ou o namorado ou ex-namorado, conforme se pode notar corriqueiramente nas manchetes e reportagens da mídia e foi constatado pela pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo em parceria com o SESC (2010, p. 248). Nesse passo, “as medidas não-penais de proteção à mulher em situação de violência, previstas nos arts. 9º, 22 e 23 da Lei Maria da Penha, mostram-se providências muito mais sensatas para fazer cessar as agressões e, ao mesmo tempo, menos estigmatizantes para o agressor.” (CELMER; AZEVEDO, 2007, p. 15-17).

De outra parte, mostra-se indispensável a implementação de políticas públicas, sobretudo no âmbito educacional, para que se tenha uma solução satisfatória e duradoura (SABADELL, 2005, p. 20-21), para as presentes e futuras gerações, mas ao mesmo tempo é essencial que as mulheres disponham de mecanismos protetivos de intervenção estatal quando estão ameaçadas de atos de violência ou são vítimas de tais atos, sobretudo nos instantes imediatamente subsequentes à prática da violência, sem depender da lenta resposta penal, via de regra revitimizadora. Com a divulgação e campanhas acerca da Lei, cada vez mais as mulheres estão se valendo de pedidos de medidas protetivas (e muitas as utilizam como último recurso após terem sido vítimas de violência reiteradas vezes, por vezes pondo suas vidas a salvo), quadro que, por consequência, modificou o cotidiano do sistema de justiça especializado em violência contra mulher, na medida em que os operadores do sistema se deparam com dificuldades interpretativas em relação aos requisitos legais necessários para o deferimento de tais medidas, bem como qual seria a duração de sua vigência, o que tem implicações concretas diretas no grau de eficácia protetiva conferido à mulher.

Desse modo, o presente artigo, com aporte transdisciplinar na dogmática jurídica, em orientações de política criminal, na criminologia feminista e nos estudos de gênero, busca dar interpretação adequada ao instituto *sui generis* das medidas protetivas, distinguindo-as mais precisamente das tradicionais e conhecidas cautelares cíveis e penais. Até o momento, uma escassa e discrepante jurisprudência<sup>2</sup> e bem poucas obras comentadoras da Lei Maria da Penha abordaram o tema com esse enfoque que entendemos ser essencial aos operadores da Lei. Há, pois, uma lacuna a ser preenchida na literatura que cuida do tema. O artigo também busca oferecer aos operadores jurídicos do sistema de justiça de violência contra a mulher um instrumental dogmático mais adequado à consecução dos vetores preventivos e de proteção consagrados na Lei 11.340/06, inclusive com vistas a consolidar uma jurisprudência de cunho verdadeiramente protetivo à mulher, o que significa dizer que permitirá a aplicação do instituto das medidas protetivas de forma consentânea à proteção eficaz da vida, da integridade física, psicológica, sexual, moral e patrimonial da mulher, sem que a vigência de tais medidas fique condicionada (accessoriedade) à existência de representação da vítima (no caso dos delitos cuja ação penal é condicionada à representação) ou à existência de eventual processo principal de natureza cível ou penal.

## **2 Os Problemas Decorrentes do Advento das Medidas Protetivas**

Salienta Carla Alimena (2010, p. 137), a partir de pesquisa de campo junto a Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em Porto Alegre/RS, que as medidas protetivas constituem um aspecto problemático, pois “as vítimas, muitas vezes, não compreendem

---

2 Exemplos de julgados do TJDFT manifestamente divergentes podem ser conferidos em Bechara (2010).

quando cabe, para que serve e como se obtêm as medidas protetivas”. Na pesquisa já aludida alhures, 40% das vítimas afirmaram não terem sido esclarecidas de nenhum procedimento no momento do registro da ocorrência na Delegacia, mesmo a instauração de processo criminal contra os ofensores (CELMER, 2010, p. 07-08).

O desconhecimento, por parte das vítimas, do funcionamento e da razão de ser das medidas protetivas previstas na Lei 11.340/06 não deixa de ser reflexo, no plano da operacionalidade jurídica, dos múltiplos problemas decorrentes do advento dessas medidas, como, por exemplo: qual o papel delas? Elas constituem mecanismos de proteção dos bens jurídicos de titularidade das vítimas ou de proteção de processos principais cíveis ou criminais? Constituem mecanismos de prevenção contra a reiteração da violência? Qual a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/06? Quais os consectários de referida natureza jurídica no que se refere aos requisitos e duração da medida? É possível fazer a diferenciação entre medidas protetivas de caráter penal e cível ou essas medidas têm natureza jurídica singular, própria de uma teleologia protetiva integral baseada no reconhecimento da desigualdade de gênero? Qual a relação entre o paradigma de gênero explicativo da violência contra a mulher e o papel das medidas protetivas? Qual o recurso cabível da decisão que (in)defere medidas protetivas? As medidas protetivas se revelam como exemplo de adoção de política criminal extrapenal? As medidas protetivas também cumprem as funções preventivas típicas do direito penal?

Após levantamento bibliográfico preliminar a respeito dessa problemática, constatou-se que parte da literatura especializada é omissa a respeito da natureza jurídica das medidas protetivas, a exemplo de Souza (2009, p. 109-145) e Nucci (2010, p. 1275-1280), sendo que a

parte majoritária compreende as medidas protetivas do art. 22, I, II e III, da Lei como cautelares processuais penais, a exemplo de Cavalcanti (2007, p. 191), Cunha e Pinto (2011, p. 124-125) e Nilo Batista (2009, p. 17), as quais seriam “aplicáveis unicamente para assegurar os meios e fins do processo em que se busca ou se irá buscar a realização da pretensão punitiva” (KARAM, 2006, p. 06-07). Já as cautelares do art. 22, IV e V, da Lei teriam natureza cível, havendo a necessidade, por exemplo, de se ajuizar a ação principal no prazo de 30 dias, sob pena de ineficácia da medida protetiva (CPC, arts. 806 a 808).

Todavia, há também autores, a exemplo de Lavorenti (2009, p. 264) e Dias (2010, p. 108-109 e 114-115), que tendem a admitir uma espécie de caráter satisfativo (não cautelar) às medidas protetivas, de sorte que tais medidas não demandariam ação concomitante ou posterior, seja cível ou penal, para manutenção de sua eficácia, ficando ao prudente arbítrio do juiz a fixação do período de vigência da medida e a sua revogação por posterior decisão judicial. Didier Jr. e Oliveira (2008) veem as medidas protetivas como modalidade de tutela jurisdicional diferenciada que se aproxima das medidas provisionais satisfativas constantes do art. 888 do CPC, mas que não teriam conteúdo cautelar e prescindiriam do ajuizamento de uma demanda principal. Larrauri (2008, p. 187-188) também entrevê o equívoco da legislação espanhola ao vincular a existência das medidas protetivas ao processo penal ao invés de concebê-las no âmbito cível em um procedimento autônomo e independente, como ocorre em muitos países.

Paralelamente à discussão da natureza jurídica das medidas protetivas, verifica-se que o papel do direito penal em matéria de violência de gênero contra a mulher é bastante questionado entre feministas e criminólogos. Ainda na época em que vigorava a Lei 9.099/95 para os casos correntes de violência contra a mulher, Campos

(2003 *apud* CELMER; AZEVEDO, 2007, p. 15-17) apontava que uma legislação adequada sobre a violência conjugal haveria de ser “pautada segundo a perspectiva da adoção de medidas que garantam a abstenção do comportamento violento, e não necessariamente a punição do agressor”. Deveras, as vítimas desejam que seus ofensores deixem de ser violentos e não voltem a agredi-las. Por isso que a solução simplista e única da punição imediata do agressor não agrada as mulheres. Afirmo Celmer (2010, p. 05), a partir de pesquisa empírica, que o propósito das vítimas ao registrarem a ocorrência na Delegacia seria o de reparar os danos sofridos e, em especial, fazer cessar as agressões e não propriamente o de punir o ofensor.

Celmer e Azevedo (2007), Bezerra (2007), Karam (2006) e Mello (2010a) são exemplos paradigmáticos de estudiosos veementemente refratários ao suposto rigor punitivista trazido pela Lei Maria da Penha. Semelhante leitura da Lei 11.340/06, no entanto, mostra-se parcialmente errônea, pois, como veremos adiante, parte de falsas premissas de uma alegada lógica repressora e de imposição de pena privativa de liberdade que não se coadunam com a realidade da persecução penal nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Juizados da Mulher), pois o sistema penal e processual penal que regula a Lei Maria da Penha não implicou exacerbação desmesurada das medidas punitivas, apesar do alarde punitivista reinante na mídia desde a vigência da Lei.

### **3 As Medidas Protetivas e a Positivção do Paradigma de Gênero**

A Lei Maria da Penha positivou no art. 5º o paradigma de gênero como o explicativo da violência contra a mulher e definiu no art. 7º algumas das formas de manifestação dessa violência. Vale lembrar que o Projeto de Lei que originou a Lei Maria da Penha (PL 4.559/2004) já estabelecia em seu art. 5º, *caput*, a violência baseada na relação

de gênero, assim como definia no respectivo parágrafo único que se deveriam considerar as relações de gênero como aquelas relações desiguais e assimétricas de valor e poder atribuídas às pessoas segundo o sexo (JESUS, 2010, p. 88). A versão que veio a ser sancionada na forma da Lei 11.340/06, portanto, apenas retirou a definição de “relações de gênero” constante do parágrafo único original, a fim de evitar controvérsias em torno das problemáticas teóricas em torno do conceito de gênero e, conseqüentemente, evitar a não aplicação da Lei. Mas, de qualquer modo, deve ser assinalado que não remanesce qualquer dúvida de que o modelo teórico explicativo da violência consagrado na Lei foi esse, pois o vocábulo “gênero” volta a aparecer no art. 8º, incisos II, VII, VIII e IX, os quais tratam da necessidade de elaboração de políticas públicas preventivas sempre centradas na perspectiva de gênero.

A violência de gênero é fruto da desigualdade de poder entre homens e mulheres. É praticada contra a mulher no âmbito do processo de dominação masculina e visa submetê-la aos usos, regras e valores da cultura patriarcal, perpetuando-se assim os papéis subservientes ou menos valorizados atribuídos à mulher, sendo que a própria aceitação e tolerância sociais em relação a esse tipo de violência é sintomática dessas relações hierarquizadas (CAMPOS, 2008, p. 246-248).<sup>3</sup> A explicação da violência contra a mulher no espaço privado (o que engloba as unidades familiar e doméstica, além das relações íntimas de afeto)

---

3 “O problema não é a postura de certos homens, mas uma cultura que influencia toda a sociedade. Trata-se do patriarcado que consiste em uma forma de relacionamento, de comunicação entre os gêneros, caracterizada pela dominação do gênero feminino pelo masculino. O patriarcado indica o predomínio de valores masculinos, fundamentados em relações de poder. O poder se exerce através de complexos mecanismos de controle social que oprimem e marginalizam as mulheres. A dominação do gênero feminino pelo masculino costuma ser marcada (e garantida) pela violência física e/ou psíquica em uma situação na qual as mulheres (e as crianças) encontram-se na posição mais fraca, sendo desprovidas de meios de reação efetivos” (SABADELL, 2010, p. 274-275).

segundo o paradigma de gênero tem chamado a atenção cada vez mais, mormente a partir da vivência cotidiana nas varas de violência contra a mulher, quando se pode observar, na prática, que os estudos e pesquisas ancorados no referido paradigma (em sua boa parte, impulsionados pelo movimento feminista nas quatro últimas décadas) traduzem, de forma fiel (e não apenas de forma ideológica), a ocorrência desse tipo de violência, herança de milênios de patriarcado e que, historicamente arraigada em todas as sociedades e em todas as classes sociais, faz com que as diferenças atribuídas aos papéis socioculturais masculino e feminino culminem, no ponto mais extremo de manutenção dessas diferenças nas relações de poder, no uso da violência em desfavor da parte dominada e mais vulnerável, no caso, a mulher. A leitura de gênero afasta, pois, a “psicologização” e a “psiquiatrização” explicativas da violência contra a mulher, colocando, por exemplo, o uso de álcool e drogas e a personalidade “doentia” ou “desequilibrada” do ofensor como fatores potencializadores e secundários, mas não como decisivos da prática da violência, como se se tratasse de patologias ou distúrbios psíquicos de que os homens ofensores fossem portadores (CAMPOS, 2008, p. 246).<sup>4</sup>

A literatura nesse tema é copiosa e tende a se avolumar cada vez mais, sendo que o verbete “gênero” – aqui referente aos “masculino” e “feminino” em termos socioculturais em oposição às diferenças em termos puramente físicos e biológicos existentes entre o homem e a

---

4 “A violência doméstica não constitui uma patologia de certos indivíduos, grupos ou classes sociais (‘José é violento’; ‘os alcoólatras são violentos’; ‘os pobres são violentos’), tampouco se trata de um fenômeno aleatório. A violência doméstica, como indicam as pesquisas feministas, é um correlato da construção histórico-social das relações desiguais entre os gêneros. Constitui um meio sistematicamente empregado para controlar as mulheres mediante a intimidação e o castigo, mesmo se, no senso comum, prevalece a ideia de que a violência doméstica é algo isolado, que pode ser atribuído a patologias do homem ou do casal”. (SABADELL, 2005, p. 07).

mulher, entre o macho e a fêmea – tende a ser meio classificatório e de categorização cada vez mais rico e multifacetado.<sup>5</sup> Heleieth Saffioti (2004, p. 44-45), uma das precursoras dos estudos de gênero no Brasil, aduz que o conceito de gênero não se resume a uma categoria de análise, apesar de apresentar muita utilidade enquanto tal. “Cada feminista enfatiza determinado aspecto do gênero, havendo um campo, ainda que limitado, de consenso: o gênero é a construção social do masculino e do feminino” (SAFFIOTI, 2004, p. 45), de modo que se rompe com o determinismo biológico e naturalista de que as diferenças entre homens e mulheres são inatas e imutáveis, passando o termo gênero a designar as identidades masculina e feminina como construções sociais da realidade passíveis de mudança (SABADELL, 2010, p. 279). No presente artigo importa apenas constatar que o paradigma explicativo de gênero foi o positivado pela Lei 11.340/06 para traduzir a violência praticada contra a mulher, não sendo aqui a sede apropriada para adentrar as polêmicas e inúmeras discussões em torno do vocábulo “gênero” tão recorrentes nas ciências sociais. Como afirma Mello (2010a, p. 148):

O conceito de gênero, para as ciências sociais, não se confunde com o conceito de sexo; enquanto este estabelece as diferenças biológicas e anatômicas entre homens e mulheres, aquele se ocupa em designar as diferenças sociais e culturais que definem os papéis sexuais destinados aos homens e às mulheres em cada sociedade. Assim, na definição de gênero cabe a afirmação de Simone de Beauvoir “não se nasce mulher, torna-se”. O mesmo pode ser aplicado para o gênero masculino. O gênero, diferentemente do sexo, não é natural, mas sim resultado de uma construção social. (MELLO, 2010a, p. 148).

---

5 Segundo definição da UNESCO (2002, p. 71), “gênero se refere às relações e diferenças sociais entre homens e mulheres que são aprendidas, variam amplamente nas sociedades e diferentes culturas, e mudam com o passar do tempo. O termo gênero não substitui o termo sexo, que se refere exclusivamente às diferenças biológicas entre homens e mulheres. Por exemplo, dados estatísticos são apresentados por sexo. O termo gênero é usado para analisar as funções, responsabilidades, obrigações e necessidades de homens e mulheres nas diferentes áreas e contextos sociais”.

O tema, pois, é deveras instigante e desafiador tanto do ponto de vista teórico quanto prático, pois há a necessidade cada vez maior de desenvolvermos mecanismos eficazes de prevenção da violência contra a mulher baseada no gênero, ou seja, aquela violência que é perpetrada contra a mulher pelo simples fato dela ser mulher (CAMPOS, 2008, p. 249-250). Nessa ótica, além da necessidade de implementação de novas práticas educacionais e outras políticas públicas no sentido da equidade de gênero, em conformidade com o disposto no art. 8º da Lei 11.340/06, cumpre dar eficácia concreta às medidas protetivas de urgência tal qual elas foram concebidas, visto que são os mecanismos que permitem conferir proteção no tempo e na medida certos para a mulher que está em situação de vulnerabilidade e hipossuficiência nas relações com os homens ofensores, de conformidade com o que a própria Lei Maria da Penha já reconhece aprioristicamente ao ter positivado o paradigma de gênero. O padrão de dominação e controle masculinos estampados no uso da violência nos espaços privados se traduz no que vários estudos indicam: traumas psicológicos e enfermidades como consequência da violência, tais como terror paralisante, ansiedade constante, apreensão, automutilação, suicídio, depressão, vigilância e sentimentos de morte iminente. E, à medida que a violência se perpetua, a vítima se torna passiva, cansada e incapaz de agir, passando por vezes a ver o ofensor com poder absoluto sobre ela. Com o passar do tempo de convivência, o agressor passa a controlar todo aspecto da vida da vítima, passando a decidir o que ela é, no que ela acredita, o que ela pode fazer ou deixar de fazer (KO, 2002, p. 368-369).

A teleologia eminentemente protetiva da Lei está, bem se vê, direta e intimamente ligada com o reconhecimento de que a mulher está em desigualdade de poder com o agressor em razão de ser mulher e, que, sendo assim, impõe-se a intervenção estatal por meio de

mecanismos como os das medidas protetivas, à semelhança de outros grupos vulneráveis que também têm legislações que preveem medidas de proteção, como os das crianças, adolescentes, idosos e pessoas portadoras de deficiência. Por isso que são descabidas considerações exageradas em torno de um suposto ônus demasiado (e por vezes prolongado) que é imposto ao ofensor ao ter que acatar determinadas medidas protetivas, pois tais medidas nada mais são que mais um dos instrumentos que a Lei Maria da Penha trouxe de reequilíbrio da vítima com o ofensor no plano da igualdade material, garantindo-se a proteção que a vítima demanda e dissuadindo-se o agressor de reincidir na prática da violência. A liberdade de locomoção do agressor tem limite constitucional no direito de a vítima ter sua integridade física, psicológica, sexual e moral preservada (CARVALHO, 2010, p. 489). Em síntese, o desenvolvimento de critérios hermenêuticos em torno das medidas protetivas deve ter em conta o paradigma de gênero, o que implica necessariamente ampliar ao máximo possível as possibilidades de proteção da mulher.

#### **4 O Papel Sinérgico da Intervenção Penal na Proteção da Mulher**

Apesar de ser muito debatida e controvertida entre feministas e penalistas (CAMPOS, 1999), a intervenção penal surge como coadjuvante valioso no cumprimento da missão protetiva da vítima, pois é a partir do ingresso e da visibilidade da violência na Delegacia de Polícia, no Ministério Público e no Juizado da Mulher, ainda que num procedimento inicialmente de investigação criminal (ocorrência policial, termo circunstanciado ou inquérito policial, conforme estabelece o art. 12, III, §§ 1º e 2º, da Lei 11.340/06), é que serão processadas e apreciadas as medidas protetivas em expediente apartado (arts. 18 e 19), dentre outros encaminhamentos de caráter extrapenal (como os

trabalhos desenvolvidos pela equipe multidisciplinar ou serviço similar – arts. 9º e 29 ss., inclusive por intermédio de grupos de reeducação, recuperação e conscientização dos homens ofensores – art. 35, V).<sup>6</sup> Somente a partir do conhecimento público de que a violência contra a mulher é crime (é uma conduta grave e intolerável que pode redundar, em tese, em pena privativa de liberdade) é que se torna possível a própria vítima ou eventuais testemunhas denunciarem a violência perpetrada no âmbito privado (doméstico ou familiar), quando só assim será dada a visibilidade necessária para que o sistema de justiça especializado possa intervir com as inúmeras medidas não-penais previstas na Lei Maria da Penha, sobretudo as medidas protetivas, de responsabilidade dos atores jurídicos do sistema (Judiciário, Ministério Público e Assistência Judiciária). A simples judicialização dos casos de violência doméstica já tem impacto no comportamento do ofensor e na garantia concreta dos direitos da vítima, ainda que não tenha havido processo ou condenação criminal (OLIVEIRA et al., 2009, p. 30).

A possibilidade de incidência da esfera penal em matéria de violência contra a mulher mostra-se então essencial, ao menos na primeira fase de interferência dos órgãos estatais, para se propiciar a oportunidade de preservar direitos fundamentais das vítimas-mulheres carentes de proteção de modo urgente e condizente com a sua condição fragilizada e aflitiva pela violência sofrida. Com um leque muito maior de possibilidades de ser amparada a partir do pedido imediato de medidas protetivas, diminui-se a possibilidade de a vítima ter de aguardar uma providência de caráter penal tardia pelos órgãos do sistema de justiça, cujos atores jurídicos, não raras vezes reproduzindo as relações de

---

6 “Partindo desta constatação, o legislador federal trouxe interessante inovação no âmbito da tutela civil da proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar: a possibilidade de ela demandar as ‘medidas protetivas de urgência’ civis perante a própria autoridade policial, competente para receber a *notitia criminis*” (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2008).

gênero vigorantes na sociedade (regulada por um modelo androcêntrico sexista ou, noutros termos, machista), invertem os valores positivados na Lei Maria da Penha e assentam interpretação discriminatória dos elementos de prova e dos tipos penais em desfavor da mulher (por exemplo, a pretexto de “preservação da família e da vida privada”), em escancarado não-reconhecimento e anulação pelo Estado (que assim se omite) da violência sofrida pela mulher. Apesar de reconhecer as limitações e a inadequação da resposta unicamente penal no problema da violência doméstica, afirma Sabadell (2005, p. 11):

[...] O inaceitável é, como ocorre hoje, dar continuidade à discriminação das mulheres em relação à violência doméstica por tratar-se de delito cometido por homens e, ademais, no âmbito das relações privadas, que, de acordo com a ideologia do patriarcado, devem permanecer fora da intervenção estatal. Se considerarmos que o direito penal não permite tutelar os interesses da mulher maltratada, devemos adotar o abolicionismo de forma coerente, concluindo que o direito penal também não deve ser empregado para proteger os homens de agressões físicas e crimes patrimoniais. Partindo da impossibilidade (política) de imposição da política abolicionista, podemos considerar o direito penal como ferramenta que deve ser utilizada como *ultima ratio*, mas de forma coerente, capaz de tutelar a integridade física e psíquica de todos no espaço privado. (SABADELL, 2005, p. 11).

No mesmo sentido, defende Campos (2008, p. 264) ao reputar a proposta da Lei Maria da Penha como “lei integral” regida pela máxima intervenção social e mínima intervenção punitiva. Ora, em termos de prevenção geral positiva, só mesmo a criminalização de condutas para se afirmar a todos que as mais variadas formas de violência contra a mulher são inaceitáveis e não podem ser consideradas normais e naturais como ainda pensam os homens ofensores, os quais supõem que estão numa espécie de “exercício regular de direito” no que se convencionou fixar como seu papel de homem dentro de uma sociedade hierarquizada em termos de papéis femininos e masculinos, com dominação e

sobrevalorização destes sobre aqueles. Por se tratar de violência cultural (que demanda mudança de mentalidade e nos padrões de comportamento nas relações de gênero), as instâncias de controle social informal (família, escola, igreja, trabalho, vizinhança, amigos etc.) são incapazes de influenciar o comportamento de tais homens, o que já não ocorre em relação a delitos ordinários, tais como os crimes contra a vida e o patrimônio alheios. A prevenção geral positiva proporcionada pela Lei Maria da Penha, pois, legitima constitucionalmente a intervenção penal em matéria de violência de gênero e age em simbiose com os numerosos mecanismos extrapenais trazidos pela Lei.

Curiosamente, o malsinado caráter simbólico do direito penal na temática da violência contra a mulher acaba por assumir função singularmente relevante no sentido de provocar a mudança de hábitos sociais arraigados e naturalizados, bem como de apontar a todos o modelo de sociedade igualitária que se pretende, além de evidenciar de forma patente que não se pode mais tolerar a violência por parte daqueles que deveriam ser os primeiros a amar e respeitar, quais sejam, os homens namorados, companheiros, maridos e familiares das vítimas, de maneira que não se pode dar a tais casos o tratamento comum dado à criminalidade de rua e aos atos de violência similares que envolvem pessoas estranhas entre si. Nesse sentido, afirma Debora Diniz (2010):

O modelo patriarcal é uma das explicações para o fenômeno da violência contra a mulher, pois a reduz a objeto de posse e prazer dos homens. [...] Outra hipótese de compreensão do fenômeno é a persistência da impunidade à violência de gênero. A impunidade facilita o surgimento das redes de proteção aos agressores e enfraquece nossa sensibilidade à dor das vítimas. A aplicação do castigo aos agressores não é suficiente para modificar os padrões culturais de opressão, mas indica que modelo de sociedade queremos para garantir a vida das mulheres. (DINIZ, 2010).

A função simbólica do direito penal, no caso, tem força de persuasão sobre os homens que naturalizam, desde o nascimento, a posição dominadora do masculino sobre o feminino, cujo clímax é o uso de violência para se manter a todo custo tal *status quo*. Para algumas feministas, aliás, o efeito simbólico do não uso da lei penal seria muito mais nocivo do que o da própria intervenção penal, pois banalizaria e normalizaria a violência contra a mulher (ANITUA, 2008, p. 756-757). E, como já pontuado aqui, dado o uso simbólico, sabe-se que a previsão da lei penal não terá de implicar, necessariamente, num efetivo e duro castigo ao ofensor, mas servirá para se abrir a discussão pública dos valores que devem nortear o tratamento, as oportunidades e os direitos das mulheres nas relações com os homens. A simbologia da ameaça de pena (invariavelmente associada à ideia da prisão pela população), portanto, exerce o papel de reafirmação e reautorização do ordenamento para indicar não apenas a possibilidade de retribuição (imposição de castigo), mas a possibilidade de mudança cultural e, por conseguinte, de atitudes e comportamentos.<sup>7</sup> Sublinhe-se que, aqui, a simbologia do direito penal não se circunscreve a dar a falsa e efêmera sensação de segurança e de tranquilidade, de diminuição do medo, típica do aumento exacerbado de penas e da criminalização de novas condutas no que se refere aos delitos ordinários contra a vida e o patrimônio (em clara opção do legislador por uma política criminal exclusivamente penal), pois, em casos tais, as pessoas já sabem, desde crianças, que roubar ou matar é ilícito, bem ao contrário da violência de gênero. Outrossim, se, em crimes contra o patrimônio e contra a vida, a prevenção geral negativa (ou por intimidação ou coação psicológica) é empiricamente

---

7 “Defendendo a função simbólica da pena não como uma retribuição, mas como uma reafirmação do Estado, conferir: RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. Nuevo sistema de derecho penal. Madrid: Trotta, 2004, p. 57-59” (MELLO, 2010a, p. 145, nota de rodapé nº 23).

indemonstrável (já que não se sabe se eventual diminuição dos índices de criminalidade tem relação com o aumento de penas, por exemplo) e, logo, pode até ser reputada como mito, na hipótese de violência de gênero ela também não terá influência, pois as penas dos delitos mais comuns em matéria de violência contra a mulher têm penas diminutas e são cumpridas em meio aberto, isto é, não implicam privação de liberdade.

A prevenção geral positiva ou de integração proposta por Jakobs (ao menos originariamente a partir da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann<sup>8</sup>), que preconiza a reafirmação do ordenamento jurídico diante da violação de uma norma penal (diante da expectativa normativa frustrada dos cidadãos), tem mais que um efeito meramente simbólico, mas é indicativo de qual caminho aquela sociedade deseja trilhar, o que reautoriza a vigência e validade da norma penal perante todos, num processo de reestabilização contrafática.<sup>9</sup> E, realmente, quando se notam as falhas da prevenção geral negativa (ou por intimidação), da prevenção especial positiva (ressocialização, correção) e da prevenção especial negativa (inocuidação, segregação) em casos de crimes cometidos por impulso, por diferenças de gênero (como no caso da violência contra a mulher), por criminosos profissionais, ou nos chamados crimes econômicos e situacionais, mas ao mesmo tempo se percebe que há violações graves e intoleráveis a bens jurídicos, há de se ter uma resposta estatal frente a tais violações, e aí a prevenção

---

8 Ver Dias (1999, p. 129-136). Vale registrar a impressão de Luís Greco (2000, p. 331), segundo a qual Jakobs vem se libertando do ponto de vista sociológico em favor de uma filosofia do direito por ele mesmo formulada, daí que as referências a Luhmann se teriam se tornado mais escassas em alguns dos mais recentes trabalhos de Jakobs.

9 A propósito, conquanto o tenha feito há mais de dez anos, Luís Greco pontua, em nota de rodapé, que “a teoria da prevenção geral positiva é hoje francamente majoritária, inclusive entre penalistas não adeptos do funcionalismo” (GRECO, 2000, p. 322).

geral positiva parece justificar legitimamente a pena.<sup>10</sup> Nesse contexto, as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, como mecanismos de caráter extrapenal para evitar a reiteração da violência contra a mulher (cumprindo as funções do direito penal de prevenção especial), precedem e coexistem com a intervenção penal de modo sinérgico, porém devem operar de forma independente, não podendo se condicionar o uso e a efetividade das medidas protetivas ao uso e eficácia do processo penal, o qual deve apenas instrumentalizar o direito penal.

Apesar de, mesmo nos EUA, haver muito poucos estudos empíricos que analisam com propriedade a efetividade das medidas protetivas (pois é preciso saber também sobre a influência e o peso de outros fatores, tais como os serviços de assistência jurídica e social), de forma geral tais estudos indicam a efetividade das medidas do ponto de vista subjetivo (impacto na vida das vítimas), pois a grande maioria das vítimas sente melhora no bem-estar psicológico e na qualidade de vida, com elevação na autoestima, na sensação de segurança e de maior controle sobre suas vidas ou sobre os destinos do relacionamento afetivo em curso (maior empoderamento). Para as vítimas, ainda, as medidas protetivas ajudam a reafirmar a mensagem de que a violência praticada é algo errado, dentre muitas outras impressões positivas. (KO, 2002, p. 368-372). Com relação à efetividade das medidas protetivas do ponto de vista objetivo (capacidade de refrear a violência = prevenção especial), embora todos os estudos tenham indicado a redução da reincidência, eles ainda são muito controversos, pois alguns registram altos índices de reincidência, outros baixos índices, tudo a depender, dentre outras, de variáveis como perfil e tamanho do grupo de pessoas

---

10 Para uma resenha completa das teorias da pena, ver Dias (1999, p. 87-136), Roxin (1998, p. 15-47) e Suxberger (2006, p. 107-120), de onde foram extraídos os apontamentos do presente artigo.

analisado, tempo de vigência e acompanhamento das medidas, prisão anterior do agressor em razão da violência, histórico de violência e nível socioeconômico das partes envolvidas, desemprego, antecedentes criminais, uso abusivo de álcool e drogas, tempo de relacionamento, existência de filhos menores (KO, 2002, p. 373-376).

## **5 As Medidas Protetivas e a Opção pela Política Criminal Extrapenal**

A política criminal não se circunscreve às orientações e princípios tais como o abolicionismo, o minimalismo (direito penal mínimo) ou o punitivismo (direito penal máximo) (BIANCHINI, 2010). A política criminal também é (ou pelo menos há de ser) parte do conjunto maior de políticas públicas do Estado voltadas para a prevenção e o controle da criminalidade, já que a sua “erradicação” ou “desaparecimento” (independentemente dos matizes das leituras e explicações criminológicas) é algo improvável em qualquer organização social humana, sem prejuízo do papel ordinário da *política criminal penal* de eleger os bens jurídicos a serem tutelados por normas penais ou, noutros termos, eleger as condutas a serem criminalizadas. Nessa acepção, somos contrários à onda do populismo penal de se limitar a política criminal a uma política meramente penal, isto é, criminalizadora de mais condutas e fomentadora das penas de condutas já criminalizadas, cujo efeito é puramente simbólico e seletivo ante a sua comprovada e notória ineficácia na redução da criminalidade, de que serve de malogrado exemplo a Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos.

Portanto, a política criminal há de ser também uma política de caráter extrapenal, voltada para a implementação de ações preventivas da ocorrência do delito, a exemplo das previsões constantes da Lei 11.340/06 (em especial os arts. 8º, 9º, 35 e as medidas protetivas objeto do presente artigo). Na esteira dos mais variados e cada vez mais

interdisciplinares estudos, pesquisas e pensamentos criminológicos, a complexidade e a multifatorialidade da criminalidade obrigam a que as políticas públicas nas áreas de segurança pública, educação, saúde, infância e juventude, urbanismo etc. se deem de forma cada vez mais integrada. Em suma, quer-se apenas sublinhar que a política criminal é algo abrangente e que não visa apenas a influenciar o debate dogmático vinculado à aplicação do direito penal *de lege lata* ou *de lege ferenda* (ROXIN, 2002, p. 82; DIAS, 1999, p. 26-49). O problema consabido é que os governos não têm interesse no investimento sério na *política criminal extrapenal*, visto que tais iniciativas são de longo prazo e por vezes de custo financeiro mais elevado, ao contrário da simples e rápida elaboração legislativa penal, de custo zero e de lucro máximo em termos de dividendos eleitorais junto à população.

A Lei Maria da Penha foi fruto, em boa medida, das pressões por criminalização de condutas praticadas contra mulheres em função das diferenças de gênero e foi esse viés que repercutiu mais na mídia e na população em geral (BEZERRA, 2007; MELLO, 2010a, p. 140).<sup>11</sup> Mas é certo afirmar que utilizar tal Lei como exemplo de exacerbação desmesurada do direito penal se constitui em manifesto equívoco, pois, muito ao contrário de leis brasileiras que vieram para proteger crianças, adolescentes, idosos, homossexuais e negros, a Lei 11.340/06 não criminalizou sequer uma nova conduta, tendo apenas aumentado a pena máxima do delito de lesão corporal preexistente (e não apenas para a vítima-mulher, sendo que a pena mínima foi até diminuída de 6 para 3 meses, conforme art. 129, § 9º, do CP), tornado mais rigoroso o

---

11 Em pesquisa realizada pelo Instituto Avon (2011) junto à população sobre a Lei Maria da Penha, 94% dos entrevistados afirmou conhecer a Lei e 60% pensa que, caso o agressor seja denunciado, ele vai preso, o que não constitui uma percepção de todo equivocada da população, já que, realmente, cabe prisão em flagrante e prisão preventiva nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

processamento das ações penais (art. 41 da Lei), afastado determinadas espécies de penas (art. 17 da Lei) e aberto a possibilidade da prisão em flagrante e da prisão preventiva (arts. 20 e 41). Basta notar o número diminuto de dispositivos da Lei que tratam de matéria penal e processual penal em face dos 46 artigos que a compõem na sua totalidade. Nesse sentido, registra Mello (2010a, p. 140 e 156) que a Lei Maria da Penha foi muito além das medidas de caráter penal, tendo grandes méritos nos campos preventivo e de proteção à mulher.

Como dito, a maior parte da Lei se compõe de normas-mandados voltadas para o Poder Público, em exemplo de concretização de política criminal extrapenal, isto é, as medidas *per se* não constituem pena nem crimes, mas sim mecanismos alternativos à exacerbação de penas e à criminalização de condutas (CAMPOS, 2008, p. 253-255). Ao contrário da tendência punitivista puramente simbólica e seletiva reinante no parlamento brasileiro, a Lei Maria da Penha criou mecanismos efetivos (que não são penas, dentre os quais se destacam as medidas protetivas) que não oneram de forma total a liberdade do ofensor e ao mesmo tempo tutelam com eficiência bens jurídicos de titularidade da mulher. Além disso, apesar de, na maioria das vezes, a vítima-mulher não desejar o processamento criminal de seu ofensor, ela deseja o deferimento de medidas protetivas, as quais lhe conferem mais poder na relação com o ofensor, visto que a desobediência de tais medidas, além de constituir crime, poderá redundar na medida extrema da prisão preventiva (CPP, art. 313, III), o que funciona como fator de dissuasão (por coação psicológica ou intimidação) à reincidência.<sup>12</sup>

---

12 A assertiva é feita a partir da vivência prática diária nos Juizados contra a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Distrito Federal, pois não se logrou identificar pesquisas que ofereçam dados empíricos acerca do índice de reincidência após o ofensor ser intimado dos mandados judiciais de medidas protetivas.

De modo que, após mais de cinco anos de vigência da Lei Maria da Penha, afigura-se falacioso afirmar que tal Lei é “extremamente punitivista”, já que, na minoria de casos em que efetivamente há início de ação penal,<sup>13</sup> apenas uma parcela redundando em condenação.<sup>14</sup> Como a maioria dos réus são primários e sem antecedentes, recebem penas que não ultrapassam de 01 a 05 meses de detenção em regime inicial aberto (tendo como referência as penas mínimas cominadas aos delitos de ameaça e lesão corporal)<sup>15</sup>, o que vai implicar a conversão de tais penas em diminutas prestações de serviço à comunidade (o que perfará entre 30 e 150 horas, isto é, quantum certamente que está entre os menores possíveis no ordenamento penal brasileiro), conquanto haja a vedação do art. 44, I, do CP.<sup>16</sup> Isso se dá porque, caso o juiz não aplique a substituição pela prestação de serviços à comunidade, o condenado começará a cumprir a pena em regime aberto, o qual, na prática, em razão de não haver casa de albergado, acaba sendo cumprida em liberdade, em regime de prisão domiciliar, com menor ônus do que a própria prestação de serviços à comunidade. Em resumo, não há pena privativa de liberdade para a quase totalidade dos sentenciados em violência doméstica, sendo que o *sursis* penal (CP, arts. 77 a 82) também

---

13 “Como dito, a maior parte dos processos é arquivada ou suspensa logo de início. Analisando-se a situação dos processos no momento da pesquisa, vê-se que 80% deles se encontram nessas duas situações. É muito pequeno o número de casos que chegam a gerar um processo criminal (apenas 11% do total, entre arquivados e em curso)” (OLIVEIRA et al., 2009, p. 09).

14 “Como há instauração de poucos processos criminais, quase não há registro de sentença condenatória. A maior parte das sentenças (60%) é pelo arquivamento por desistência de representação de parte da vítima (a “retratação” da vítima), e 15% extinguem o processo por outros motivos (em geral, prazos vencidos ou insuficiência de provas)” (OLIVEIRA et al., 2009, p. 09-10).

15 A quase totalidade dos casos que tramitam nos Juizados de Violência contra a Mulher (na ordem de mais de 90%) diz respeito a lesão corporal, injúria, ameaça e vias de fato (OLIVEIRA et al., 2009, p. 03).

16 Note-se que há ainda a vedação pela substituição por cestas básicas, multa e outras formas de prestação pecuniária, conforme art. 17 da Lei 11.340/06.

não lhes é comumente infligido pelos juízes, pois seria nitidamente mais gravoso, em função de seu prazo alongado (de 2 a 4 anos) e das condições similares às do próprio cumprimento da pena em regime aberto (condições da prisão domiciliar), a qual poderia ser cumprida em poucos meses.

De resto, são raros os casos em que é cumprido o disposto no art. 152, parágrafo único, da Lei 7.210/84, segundo o qual o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação, não só pela falta de tais programas como por causa do exíguo tempo que o sentenciado gasta para cumprir integralmente a pena. E isso quando a cumpre, pois, com penas tão baixas, a simples demora do processamento da ação penal (ou mesmo o seu protelamento mediante a interposição de seguidos recursos por parte da defesa técnica) acaba dando azo para se operar a prescrição retroativa pela pena *in concreto*. E também não há estudos empíricos disponíveis, no caso brasileiro, que comparem o impacto, na vida da vítima e do ofensor, das penas aplicadas após uma sentença condenatória definitiva com o impacto causado pelo instituto despenalizador da suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 89), por exemplo.

Significa dizer que, apesar da aura de lei penal duríssima e intransigente transmitida pela mídia à população, a Lei Maria da Penha cumpre bem a função de prevenção geral positiva sem ser, na prática, realmente punitiva (sem implicar a pena privativa de liberdade após a condenação), pois há muitos mecanismos outros de caráter extrapenal, sem contar a competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, expressa nos arts. 13, 14, 15, 25, 27 e 33 da Lei 11.340/06.<sup>17</sup> De maneira que, desde que a Lei entrou em vigor,

---

17 “A previsão de um juizado com competência tão ampla reforça a ideia central da Lei de proteção integral à mulher vítima de violência, facilitando seu acesso à justiça e permitindo

há deturpação quando se associa ela unicamente ao maior rigor penal e processual penal,<sup>18</sup> olvidando-se todas as demais previsões de cunho protetivo, assistencial, preventivo e de competência cível dos Juizados da Mulher, competência essa que vem sendo sistematicamente negada pelos juízes, que acabam exercendo apenas competência criminal, sem dar concretude, por exemplo, às medidas protetivas relacionadas ao direito de família, aos direitos patrimoniais e trabalhistas da ofendida, tais como as dos arts. 9º, § 2º, I e II, 22, IV e V, 23, IV, e 24 da Lei Maria da Penha, além de impor a revitimização ao obrigá-la a descrever de novo a mesma situação de violência também junto à Vara Cível ou de Família.<sup>19</sup>

Os atores jurídicos do sistema, portanto, devem se esforçar em dar efetividade à Lei Maria da Penha nessa parte, não só postulando medidas restritivas da liberdade de ir e vir e de outros direitos do agressor, mas também amparando a vítima com relação às questões relacionadas ao seu afastamento por até 6 meses do local de trabalho (com manutenção de vínculo trabalhista), prioridade de sua remoção (caso seja servidora pública), prestação de alimentos provisórios ou provisionais, regulação provisória da guarda e do regime de visitas dos

---

que o mesmo julgador tome ciência de todas as questões envolvendo o conflito, como a ação penal, a separação de corpos, a fixação de alimentos etc. Para garantir efetividade à Lei, no âmbito da solução judicial dos conflitos, é preciso afastar a tradicional visão fracionada do direito que divide e limita competências. No mesmo processo torna-se viável punir o agressor, na órbita criminal, tomando-se medidas de natureza civil” (DIAS, 2010, p. 178). Ver Corrêa e Campos (2009, p. 359-361).

- 18 Sobre a preocupação com a deturpação do sentido originário do projeto que resultou na Lei Maria da Penha, em detrimento da extensa e promissora parte extrapenal da Lei, conferir Castilho (2007), Bezerra (2007), Suxberger (2007) e Mello (2010b, p. 939).
- 19 Um dos fatores responsáveis por essa deturpação é a circunstância de os juizados de violência contra a mulher não terem ainda sido estruturados tal como determinou o art. 33 da Lei 11.340/06, de modo que a competência cível e criminal de tais Juizados continua sendo cumulada com a dos Juizados Especiais Criminais preexistentes, os quais, por sua vez, regem-se por princípios e objetivos com os quais a Lei Maria da Penha buscou romper.

filhos menores, separação de corpos<sup>20</sup> e medidas garantidoras de seu patrimônio particular e da sociedade conjugal. As medidas protetivas relacionadas a tais questões vêm sendo desprezadas, sendo que todas elas, se tempestivamente aplicadas, contribuiriam e muito em termos de prevenção especial, diminuindo-se a probabilidade de que uma dessas questões conflituosas entre a vítima e o agressor pudesse servir novamente de estopim ou pretexto motivador ou potencializador de novos atos de violência. O enfoque extrapenal, ademais, está presente nas legislações estrangeiras, a exemplo da lei inglesa de 1976 *Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act*, que prevê o deferimento de medidas protetivas praticamente idênticas às da Lei 11.340/06 no âmbito da jurisdição civil, inclusive com a obrigatoriedade de comparecimento em programas de reabilitação (SABADELL, 2005, p. 10).

Nesse sentido, um dos países pioneiros na tutela extrapenal mediante medidas protetivas em violência doméstica foram os Estados Unidos. A previsão legislativa de tais medidas começou a surgir em 1976, sendo que em 1994 todas as 50 unidades federadas norte-americanas já possuíam alguma forma de legislação cível semelhante, continuando tais medidas, na atualidade, a constituírem o principal meio de proteção das vítimas. Na maioria dos Estados americanos, o descumprimento dessas medidas protetivas configura crime e implica a prisão do ofensor, além de eventual pagamento de multa cumulativamente. A terminologia utilizada pelas legislações estaduais varia muito, mas comumente são referidas como *protective orders* ou *stay-away orders* na justiça criminal e como *civil restraining orders* ou *civil protective orders* na

---

20 Apesar da superveniência da Emenda Constitucional 66/2010, a separação de corpos continua – ao que tudo indica – a ter relevância e se distinguir do simples afastamento do lar, seja do ofensor ou da ofendida. Nesse sentido, vale conferir a modalidade de usucapião especial urbana, por abandono do lar, instituída pelo novel art. 1.240-A do CC/2002, na redação dada pela Lei 12.424/2011.

justiça cível, e às vezes essa terminologia é intercambiável (KO, 2002, p. 362-364; BEZERRA, 2007, p. 42-44).

Na justiça criminal norte-americana, as ordens de proteção tem vigência no curso do processo apenas e estão relacionadas à manutenção da regularidade do curso processual e às estratégias da acusação, isto é, as ordens estão mais associadas à efetividade do processo e sua desobediência pode implicar aumento da pena e até prisão, a exemplo das medidas cautelares brasileiras, em especial as do art. 319 do nosso CPP. Já as *civil restraining orders* têm caráter civil e são independentes de uma ação criminal, sendo processadas por um juiz civil no âmbito de um procedimento civil próprio a partir da solicitação e relato da situação de violência pela vítima num formulário-padrão. Assim como na citada lei inglesa, as *civil restraining orders* americanas em tudo se assemelham às medidas protetivas da Lei Maria da Penha (SUXBERGER, 2007), pois têm disposições que vão desde o afastamento do ofensor da residência comum até aquelas de direito de família e direitos patrimoniais, como a guarda temporária exclusiva dos filhos por parte da vítima e a fixação de pensão alimentícia para os mesmos. Tais medidas são imediatamente deferidas sem prévia oitiva do agressor e têm vigência temporária até a realização de uma audiência judicial, que normalmente ocorre entre 10 e 20 dias depois, ocasião em que, após a oitiva dos envolvidos e análise do caso, poderá ser deferida uma medida protetiva de caráter permanente que poderá durar até três anos (como ocorre no Estado da Califórnia), sendo que a medida poderá ainda ser renovada após esse prazo mesmo sem que tenha havido reincidência na prática da violência.

As *civil restraining orders* são mais acessadas pelas vítimas, pois lhes oferecem alívio imediato em relação ao comportamento do ofensor, além de o nível de exigência probatório não ser o mesmo de um procedimento criminal nem demorar tanto e ter as incertezas

e sofrimentos de tal procedimento, como a possibilidade de o fato não constituir crime. Além disso, as *civil restraining orders* ajudam a reduzir o medo da vítima de retaliação por parte do ofensor, pois servem apenas para lembrar ao ofensor que futuras agressões estão proibidas, ao passo que as *protective orders* ou *stay-away orders* típicas de um procedimento criminal tendem a lembrar mais o agressor sobre o processo criminal em curso e a punição que está por vir, fazendo nascer no ofensor sentimentos de vingança. Em suma, o principal objetivo das *civil restraining orders* é criar uma via alternativa ao simples e automático processamento criminal do agressor para proteger as vítimas de novos ataques, sendo que tal objetivo de fato coincide com o maior interesse das vítimas (KO, 2002, p. 365-390).

## **6 A Necessária Distinção entre Medidas Protetivas e Medidas Cautelares**

A compreensão inadequada do instituto das medidas protetivas de urgência, segundo a qual elas estariam vinculadas à intervenção penal como cautelares e não à intervenção extrapenal (ainda que com funções protetivas e preventivas às quais também está direcionado o direito penal), conduz a situações de aplicação desigual da Lei Maria da Penha na práxis forense, com decisões judiciais com múltiplos e incompatíveis sentidos (BECHARA, 2010), criando-se insegurança jurídica e injustiça a um só tempo, ao deixar desprotegida parte das mulheres-vítimas que demanda o sistema de justiça ora porque a vítima se retratou da representação (nos casos de crimes de ação pública condicionada), ora porque não há indícios suficientes de autoria, materialidade e tipicidade jurídico-penal para se deflagrar ou manter o curso de uma ação penal. Além disso, há manifestações de violência contra a mulher as mais

variadas possíveis, a exemplo da prática conhecida por *stalking*,<sup>21</sup> que pode não constituir de forma precisa qualquer infração penal, mas configura uma ou algumas das modalidades de violência elencadas no art. 7º da Lei Maria da Penha, dentre outras.

Na redação do Projeto de Lei originário do Poder Executivo (PL 4.559/2004), realmente constava a expressão “medidas cautelares” onde se lê hoje na Lei 11.340/06 a expressão “medidas protetivas de urgência”. Todavia, o Projeto recebeu, em agosto de 2005, substitutivo da relatoria da Deputada Jandira Feghali assim que chegou à Câmara dos Deputados, no âmbito da Comissão de Seguridade Social e Família, o qual foi aprovado à unanimidade após debates e audiências públicas (BIANCHINI, 2011, p. 227). Dentre as modificações realizadas pelo substitutivo, estava a troca da expressão “medidas cautelares” por “medidas protetivas de urgência”, justamente para haver adequação à teleologia acentuadamente protetiva da nova Lei, o que veio a implicar, diga-se de passagem, a criação do neologismo “protetiva” (que remonta à terminologia norte-americana e está ausente nas Leis 8.069/90 e 10.741/03), sendo certo que até mesmo a Lei 12.403/11 manteve tal terminologia distintiva das medidas cautelares no novel art. 313, III, do CPP, o qual preceitua que será admitida a decretação da prisão preventiva se o crime envolver violência contra a mulher para garantir a execução das medidas protetivas.

---

21 O termo *stalking* é considerado crime por algumas leis norte-americanas e consiste em múltiplas formas de perseguição e assédio contra a vítima, causando-lhe principalmente violência psicológica e moral, diante de comportamentos do ofensor como presença nos locais de trabalho e residência da vítima, insistência em ligações telefônicas, envio de presentes, envio reiterado de mensagens pela Internet, vigilância constante dos passos da vítima, invasão da vida privada e intimidade da vítima etc. Como os danos emocionais, psicológicos e à honra e reputação da vítima são enormes, se ela não for devidamente amparada com medidas judiciais, acaba tendo que mudar sua vida e rotina, trocando telefone, residência e trabalho, tudo para se ver livre do agressor e evitar consequências mais graves, tais como um homicídio.

Os requisitos indispensáveis ao deferimento das medidas protetivas não se confundem com os requisitos típicos das ações cautelares (*fumus boni juris e periculum in mora* nas cautelares cíveis e *fumus comissi delicti e periculum libertatis* nas cautelares penais, nos termos dos arts. 282, I e II, e 312 do CPP). Foi a própria Lei 11.340/06 que determinou, sem fazer qualquer referência ao disposto no art. 312 do CPP, e independentemente de qualquer outro fator ou circunstância processual, que as medidas protetivas serão aplicadas isolada ou cumulativamente sempre que os direitos reconhecidos pela Lei 11.340/06 forem ameaçados ou violados, ou ainda substituídas (fungibilidade das medidas), sem mais nada exigir ou mencionar (art. 19, § 2º). Outrossim, se o juiz entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, também concederá as medidas protetivas pertinentes (art. 19, § 3º). A única ressalva que se deve fazer é que o art. 19, *caput*, da Lei impede a concessão *ex officio* pelo juiz das medidas, malgrado ele possa deferir medidas diversas das requeridas quando entender serem mais eficazes, a depender do caso. De mais a mais, o art. 22, *caput*, da Lei é clarividente ao prever que, constatada quaisquer daquelas formas de violência contra a mulher especificadas no art. 7º da Lei (logo, independentemente da existência de prova de crime, de juízo positivo de tipicidade jurídico-penal ou ainda do oferecimento ou não de representação nos casos de ação penal pública condicionada), o juiz poderá aplicar quaisquer das medidas protetivas previstas expressamente na Lei, sem prejuízo de outras previstas na legislação extravagante, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem (art. 22, § 1º). Conforme afirma Alice Bianchini (2011, p. 234):

[...] para embasar [a] conclusão de que as medidas protetivas diferem, em muito, das cautelares, convém lembrar que o art. 22 da Lei Maria da Penha, que prevê a aplicação, pelo juiz, das medidas protetivas

de urgência, traz como exigência a simples constatação de violência doméstica e familiar contra a mulher, não fazendo alusão à necessidade da materialidade do delito e de indícios de sua autoria (como se dá com as cautelares). [...] As medidas protetivas da Lei Maria da Penha possuem natureza jurídica distinta das medidas cautelares do CPP; enquanto aquelas objetivam garantir a eficácia dos direitos oriundos da Lei Maria da Penha, estas têm por propósito a tutela do processo e da eficácia da justiça criminal. (BIANCHINI, 2011, p. 234).

Do cotejo dos citados dispositivos legais, infere-se que o deferimento ou indeferimento das medidas protetivas se dá em sede de cognição sumária a partir de juízo de verossimilhança das alegações da vítima e dos indícios da existência de uma situação de violência doméstica, familiar ou decorrente de vínculo de afetividade que justifica a tutela da vítima mediante provimento jurisdicional liminar mandamental transitório no âmbito de procedimento simplificado (Lei 11.340/06, art. 19, § 1º), ao menos enquanto perdurar o quadro de ameaça de violência (regra *rebus sic stantibus*), o que também difere das fungíveis medidas antecipatórias e cautelares tipicamente cíveis, conforme os requisitos do art. 273 do CPC, pois as medidas protetivas cuidam de tutela concedida em fase única, não havendo fase dupla de apreciação de tutela antecipada e tutela final como sucede no processo de conhecimento do CPC, assim como não há um processo propriamente executivo nos termos do CPC. O caráter extrapenal das medidas protetivas também é entrevisto pela previsão dos §§ 3º e 4º do art. 22 da Lei 11.340/06, os quais, para garantir a efetividade das medidas protetivas do art. 22, mandam aplicar o art. 461, *caput* e §§ 5º e 6º, do CPC, que, por sua vez, cuida do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer mediante as tutelas preventivas inibitória (para impedir a prática do ilícito) e reintegratória (para impedir a continuação do ilícito) (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2008), outorgando-se ao juiz amplos poderes para conceder a tutela específica das obrigações de

fazer, não fazer ou entregar coisa, ou ainda determinar as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Corrêa e Campos (2009, p. 384), assim como Carvalho (2010, p. 484) também asseveram que da decisão (que defere ou indefere a medida) cabe o recurso de agravo previsto no art. 522 do CPC e não o recurso em sentido estrito do CPP, já que se trata de pretensão de ordem civil e não criminal, para então logo em seguida concluírem que:

[...] a medida protetiva tem *natureza acautelatória especial*, visto que não é submetida a prazo ou outras condições do Código de Processo Civil, tratando-se, efetivamente, de uma *tutela de amparo sui generis*. Assim, enquanto perdurar a necessidade vivenciada pela vítima, necessária é a manutenção das referidas medidas, devendo a vítima, contudo, ser encaminhada à Defensoria (inc. II do presente artigo [art. 18 da Lei 11.340/06]), para a formulação de suas pretensões definitivas [...] (CORRÊA; CAMPOS, 2009, p. 386, grifo nosso).

As medidas protetivas de urgência não se confundem com as medidas cautelares previstas no Código de Processo Civil, uma vez que podem constituir um fim em si mesmas, independentemente de propositura de qualquer outra ação, não se definindo como medidas cautelares satisfativas, pois, conforme prevê os §§ 2º e 3º [do art. 19 da Lei 11.340/06], elas poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras, de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados, sendo que o juiz poderá, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas. Pode-se dizer, portanto, que as medidas protetivas de urgência funcionam como *liminares satisfativas*, usualmente concedidas *inaudita altera parte*, cabíveis para tutela imediata de direitos [...] (CORRÊA; CAMPOS, 2009, p. 391-392, grifo nosso).<sup>22-23</sup>

---

22 Apesar da adoção da linha de entendimento de que as medidas protetivas são institutos de caráter *sui generis* e não cautelar, mais à frente da exposição, Corrêa e Campos (2009, p. 392) aparentemente se contradizem ao falam que as medidas protetivas devem perdurar enquanto perdurar a instrução e julgamento do processo criminal, ou seja, dão a entender que elas funcionariam, na prática, como medidas cautelares de eventual processo penal, conclusão que o presente artigo refuta.

23 “Partindo da premissa de que são medidas provisionais – e, pois, *cíveis* – e de que o art. 13 admite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil naquilo que não for incom-

Como visto, não há nada na própria Lei que permita inferir a natureza puramente cautelar das medidas em relação a eventual processo penal ou mesmo cível, porquanto o escopo delas é de tutela pessoal, patrimonial e familiar da mulher-vítima (CARVALHO, 2010, p. 477) por meio de obrigações de fazer e não fazer (de natureza cível) e não o de tutela instrumental de processos, muito embora possa haver coincidência na previsão normativa de tais tutelas, a exemplo das medidas cautelares provisionais do art. 888 do CPC e das medidas cautelares alternativas processuais penais do art. 319, II e III, do CPP, as quais em tudo se assemelham a algumas das medidas protetivas previstas na Lei 11.340/06.

Na maioria dos casos, a vítima se mostra satisfeita com o resultado produzido pelo deferimento da medida protetiva, denotando desinteresse no prosseguimento do processo criminal (CELMER, 2010, p. 07),<sup>24</sup> assim como é possível que a vítima não tenha interesse nas medidas protetivas, mas sim no prosseguimento da ação penal (hipótese esta mais incomum, mas que também ocorre). Não se pode, ademais, nos crimes de ação pública condicionada, obrigar ou coagir a mulher-vítima a não se retratar da representação (quando ela intenta fazê-lo) e instaurar-se ação penal contra a sua vontade apenas para que ela

---

patível com a lei específica, deve-se aplicar aqui o sistema recursal do CPC. Desse modo, contra a decisão interlocutória que defere ou indefere a medida protetiva, caberá o recurso de agravo de instrumento; contra a decisão final caberá apelação. Esses recursos deverão ter o seu mérito apreciado pelo órgão fracionário do tribunal com competência para a apreciação das *causas cíveis*. [...] Do mesmo modo, nada impede que o tribunal, através do seu regimento interno, atribua a competência recursal a uma Câmara ou Turma criminal, a despeito da natureza *civil* da matéria.” (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2008).

- 24 Embora ainda não haja pesquisas empíricas, vale lembrar que o cumprimento gradativo dos arts. 27 e 28 da Lei Maria da Penha (que tratam da assistência judiciária da mulher) indica que haverá, com o tempo, diminuição das elevadas estatísticas atuais de desistência do processamento criminal do agressor, isto é, a mulher-vítima acompanhada e assistida por advogado passa a se sentir mais empoderada, amparada e segura, ficando mais propensa a seguir com o processo criminal.

tenha o “benefício” de manter ao longo da persecução penal judicial a vigência das medidas protetivas outrora deferidas, as quais serão automaticamente revogadas com o arquivamento do inquérito por força da retratação (falta de condição de procedibilidade – art. 395, II, do CPP).

O mesmo raciocínio vale para o crime de injúria, bastante comum nos Juizados da Mulher e que, cuidando-se de ação penal privada, o não ajuizamento da ação (queixa-crime) no prazo decadencial se dá na maioria dos casos, seja por desinteresse da vítima, seja pela simples falta de assistência jurídica a ela para se promover a ação, haja vista a necessidade de advogado pra tal. De sorte que sujeitar o deferimento ou a manutenção das medidas protetivas (como se medidas cautelares fossem) deixaria a quase totalidade das vítimas de injúria desguarnecida, já que, sem a eventual ação pelo crime de injúria (suposto processo principal), não haveria possibilidade de medidas protetivas (suposto processo cautelar acessório), ainda que ela tenha manifestado expressamente o desejo e demonstrado a necessidade das medidas. Evidentemente que beiraria o absurdo condicionar-se o direito a medidas protetivas relativas a direito de família e patrimônio ao interesse na persecução penal, estabelecendo-se uma teratológica relação instrumental supostamente cautelar entre um “processo cível acessório” e um “processo penal principal”.

Certo é que o processamento das medidas protetivas e de eventual ação penal é independente e não interdependente, de maneira que não só o deferimento ou indeferimento das medidas protetivas não depende da existência ou deflagração de uma ação penal ou uma demanda cível principal no prazo de 30 dias, nos termos do art. 806 do CPC (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2008; DIAS, 2010, p. 108-109), bem como a duração de uma medida protetiva não depende da duração de uma ação penal

ou cível, pois a vigência de uma medida protetiva teve ter vigência predeterminada de meses ou anos ou enquanto perdurar a situação de violência ou ameaça de ocorrência de violência contra a mulher (regra *rebus sic stantibus*), até posterior decisão revogatória do Juízo que a deferiu, a exemplo do que sucede na legislação norte-americana, que permite a imposição das chamadas *civil restraining orders* por períodos que variam de meses a anos, com acompanhamentos periódicos do agressor. O caráter singular extrapenal das medidas protetivas permite à vítima ter acesso a medidas de proteção por parte do Estado mesmo fora de uma situação de prisão em flagrante, o que atende ao desejo de muitas mulheres de não ver o seu ofensor preso e afasta receios de nova violência iminente ao saber de antemão que denunciar a violência na delegacia não vai implicar automaticamente o processamento criminal do ofensor. Por isso, ao contrário do que vem vigorando de forma predominante na doutrina e na prática forense dos Juizados de Violência contra a Mulher, a renúncia ou retratação da representação pela vítima com relação à deflagração da ação penal não tem o condão de, por si só e automaticamente, implicar a cessação dos efeitos da medida protetiva em relação a qual a vítima tem interesse na sua manutenção se a situação de ameaça de violação de seus direitos ainda persiste, conforme requisitos especificados nos arts. 19, §§ 2º e 3º, e 22, *caput*, da Lei 11.340/06.

Não se cuida, a rigor, de proceder a um esforço hermenêutico, pois, em verdade, não há espaço na Lei Maria da Penha para concluir de forma diferente. E nada impede que as medidas cautelares diversas da prisão preventiva, elencadas no art. 319 do CPP, também sejam aplicadas aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, pois o próprio § 1º do art. 22 da Lei 11.340/06 prevê que a aplicação das medidas protetivas não impede a aplicação de outras medidas

previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem. Assim, uma vez preenchidos o *fumus comissi delicti* (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) e o *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal), além dos requisitos da adequação e necessidade, máximas parciais do princípio da proporcionalidade, constantes do art. 282, I e II, do CPP (CRUZ, 2011, p. 91-103, 138-142), poderá haver casos em que o juiz, no curso de eventual ação penal, imporá as medidas cautelares do art. 319 do CPP isolada ou cumulativamente entre si, inclusive concomitantemente com a imposição de medidas protetivas. Afinal, assim como há medidas cautelares alternativas que não têm previsão equivalente na Lei Maria da Penha (por exemplo, como as do art. 319, I, IV, VI e VIII, do CPP), há medidas protetivas que não têm previsão equivalente no CPP (por exemplo, as previstas no art. 22, I, II, IV e V, as quais obrigam o agressor, sem contar as previstas nos arts. 23 e 24 da Lei 11.340/06).

Tendo havido, no curso de ação penal que envolve violência doméstica, o descumprimento das medidas cautelares alternativas, poderá a prisão preventiva ser decretada, conforme hipótese autônoma do art. 20 da Lei Maria da Penha, conjugada com o parágrafo único do art. 312 do CPP (SUXBERGER, 2011). Já o descumprimento injustificado das medidas protetivas configura crime de desobediência na forma do art. 330 ou do art. 359 do CP, a depender da linha jurisprudencial, tanto que o parágrafo único do art. 10 da Lei Maria da Penha impõe que a autoridade policial tome as providências cabíveis na hipótese de desobediência. A previsão dos §§ 3º e 4º do art. 22 da Lei 11.340/06 (com remissão às regras do art. 461 do CPC) serve para fazer valer no plano concreto as medidas protetivas, a exemplo da imposição de astreintes (multa coercitiva notoriamente ineficaz no caso de ofensores sem

recursos financeiros), mas o desatendimento das medidas protetivas não afasta nem poderia afastar a configuração do crime de desobediência, pois, nesse caso, incide a outra hipótese autônoma de prisão preventiva trazida pela Maria da Penha no seu art. 42 (atual previsão do art. 313, III, do CPP), isto é, no caso de haver medidas protetivas em vigor sem a existência concomitante de ação penal nem a possibilidade de futura ação penal, o *fumus comissi delicti* será a prova da existência do crime de desobediência praticado e o *periculum libertatis* deverá ser a necessidade de garantia de execução das medidas protetivas (CPP, art. 313, III) conjugada com a necessidade de resguardo da ordem pública, aplicação da lei penal ou conveniência da instrução (CPP, art. 312, *caput*). É dizer: a prisão preventiva será decretada no âmbito da futura ou presente ação penal pelo delito de desobediência.

Por outro lado, é bem verdade que os delitos mais corriqueiros em matéria de violência doméstica são ameaça, lesão corporal, vias de fato e injúria, cujas penas máximas não atingem mais de 4 anos, patamar que é necessário, segundo o disposto no art. 313, I, do CPP, para decretação da prisão preventiva. Porém, conforme brocardo norteador de questões de direito intertemporal, lei geral não derroga lei especial, ou seja, essa inovação limitadora trazida pela Lei 12.403/11 não tem o condão de derogar a Lei Maria da Penha no seu art. 20 quando traz hipótese autônoma de decretação da prisão preventiva do ofensor no curso do inquérito ou da instrução criminal, independentemente da existência de medidas protetivas descumpridas. A Lei Maria da Penha é exemplo de discriminação positiva que realmente trata situações desiguais de forma desigual e a possibilidade de prisão no caso de recalcitrância do ofensor está presente nas legislações estrangeiras de violência doméstica. Por isso não cabe aqui a tradicional alegação de homogeneidade (proporcionalidade) da custódia cautelar ao fundamento de que, ao final

da ação penal, o acusado receberá uma pena que varia de 1 a 6 meses, isto é, iniciará o cumprimento da mesma em regime aberto ou com penas restritivas de direitos, sob pena de se deixar a mulher desprotegida e à mercê de novas ofensas. Ora, se os fundamentos cautelares do art. 312 do CPP estiverem presentes, e se nenhuma das medidas cautelares alternativas do rol do art. 319 do CPP se revelar suficiente e adequada, caberá sim a prisão preventiva.

Afastada, assim, a natureza cautelar das medidas protetivas não só pela *mens legis*, como também a partir do exame da *mens legislatoris*, os requisitos para o seu deferimento devem ser buscados a partir dos pressupostos que ensejaram a própria edição da Lei Maria da Penha e a previsão dessas medidas singulares, a começar pela diferenciação de gênero, em que historicamente há a prevalência e maior valorização dos papéis masculinos em detrimento dos femininos, quadro que se converte em desigualdade de direitos entre homens e mulheres e cujo ápice é a violência contra a mulher nas suas mais variadas formas, praticadas por um homem integrante do ambiente doméstico ou da família ou ainda que tenha tido alguma relação afetiva com a vítima, nos termos dos arts. 4º e 5º da Lei Maria da Penha.

## **7 Conclusão**

Em cumprimento a tratados internacionais de direitos humanos, foi editada a Lei Maria da Penha, cujo eixo protetivo tem acentuado destaque na forma de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher a partir da previsão das medidas protetivas de urgência, a maior inovação da Lei relacionada ao trabalho dos atores jurídicos do sistema de justiça. O uso crescente e corriqueiro de tais medidas por parte das mulheres-vítimas redundou no surgimento de problemas com relação à sua natureza jurídica, seus requisitos e à duração de

sua vigência, dentre outros. O presente estudo permitiu concluir que as medidas protetivas traduzem a opção legislativa por uma política criminal extrapenal voltada para os fins de prevenção do direito penal (em contraponto a uma política criminal penal, ancorada unicamente no recrudescimento da intervenção penal, na criminalização de mais condutas e no aumento de penas) e em tudo se assemelham às *civil restraining orders* americanas.

A Lei Maria da Penha positivou o paradigma de gênero como explicativo da violência contra a mulher, devendo a compreensão adequada das medidas protetivas se dar a partir de tal modelo teórico. Quem está em situação de vulnerabilidade no âmbito da família, no lar ou nas relações de afeto, em razão das relações de gênero, deve receber proteção condizente com essa condição. Do mesmo modo, a intervenção penal continua tendo papel essencial na tarefa de se proteger as vítimas, sobretudo em termos de prevenção geral, o que permite a visibilidade da violência perante os órgãos do sistema de justiça especializado e a adoção de providências imediatas, de que servem de principal exemplo as medidas protetivas, as quais devem ter seu uso reforçado e ampliado, pois apenas uma pequena parte delas (normalmente as restritivas de liberdade e direitos do ofensor) vem sendo concretizada, ao passo que as medidas concernentes aos direitos patrimoniais, de família e trabalhistas vêm sendo relegadas, notadamente em razão da relutância dos Juizados da Mulher em não assumir a sua competência cível.

As medidas protetivas têm natureza jurídica cível *sui generis* no sentido de constituírem ora ordens mandamentais satisfativas, ora inibitórias e reintegratórias (preventivas), ora antecipatórias, ora executivas, todas de proteção autônomas e independentes de outro processo, as quais visam proteger os bens jurídicos tutelados pela Lei Maria da Penha e não proteger eventual futuro ou simultâneo processo

cível ou penal. Assim, as medidas protetivas se distinguem das medidas cautelares previstas no CPP e no CPC e com elas não se confundem. O deferimento das medidas protetivas não depende do interesse da vítima na persecução penal e, uma vez deferidas as medidas, a manutenção de sua vigência, embora transitória, não depende da propositura de eventual ação cível ou penal. As medidas protetivas têm demonstrado que se afiguram eficazes em termos penais de prevenção especial, ao diminuir a probabilidade de reincidência do agressor destinatário da medida e contribuir para a interrupção do ciclo da violência de gênero, trazendo alívio e segurança à vítima. Ademais, a desobediência das medidas protetivas configura ilícito penal que pode ensejar a decretação da prisão preventiva.

### **The Legislative Option for Extracriminal Policy and the Juridical Aspecto of Protective Measures in Maria da Penha Law**

**Abstract:** This work aims to focus on the *civil restraining orders* (civil protective orders) of Law 11.346/06 (Maria da Penha Law) from an interdisciplinary found in the dogmatic and criminological sight, as well as criminal policy, in order to pacify the incoming issues brought since the advent of restraining orders. The research revealed that restraining orders mechanisms are *sui generis*, which legal nature distinguishes itself from civil and criminal precautionary actions. Such orders are the result of the legislative option by a non-punitive criminal policy and are related to the explanatory paradigm of gender violence against women established by Maria da Penha Law. The criminal intervention also has a synergetic mission to protect woman-victim.

**Keywords:** Maria da Penha Law – civil restraining orders (civil protective orders). Non-punitive criminal policy. Paradigm of gender - legal nature. Precautionary actions. Penal intervention.

### **Referências**

ALIMENA, Carla Marrone. *A tentativa do (im)possível: feminismos e criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu – violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: MELLO, Adriana Ramos de (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BECHARA, Julia Maria Seixas. Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2661, 14 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17614>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

BEZERRA, Carla de Paiva. *Violência e gênero: análise crítica da Lei Maria da Penha pela criminologia feminista*. 2007. 101 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)–Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

BIANCHINI, Alice. Impacto das mudanças na prisão preventiva, as demais medidas cautelares e a Lei Maria da Penha. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís Marques (Coord.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011, p. 225-234.

\_\_\_\_\_. *Os grandes movimentos de política criminal na atualidade: movimento de lei e ordem, minimalismo penal e abolicionismo*. 2010. Material da 2ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp - IPAN - REDE LFG, 2010.

CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

\_\_\_\_\_. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, vol. 11, nº 1, jan./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [São

Paulo], v. 16, n. 73, p. 244-267, jul./ago. 2008.

CARVALHO, Fabiano. Medidas protetivas de urgência na lei da violência doméstica e familiar contra a mulher. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Um ano de Lei Maria da Penha*. Portal Violência contra a Mulher. set. 2007. Disponível em: <<http://copodeleite.rits.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=897>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

CAVALCANTI, Stela V. S. de Farias. *Violência doméstica contra a mulher no Brasil: análise da Lei Maria da Penha*. Salvador: Juspodivm, 2007.

CELMER, Elisa Girotti. Sistema Penal e relações de gênero: uma análise de casos referentes à Lei 11.340/06 na Comarca do Rio Grande/RS. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO: DIÁSPORAS, DIVERSIDADES, DESLOCAMENTOS, 9., 2010, Santa Catarina. *Anais...* Santa Catarina: UFSC, 2010. Disponível em: <[http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278298189\\_ARQUIVO\\_SISTEMAPENALERELACOESDEGENERO-fazendogenero.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278298189_ARQUIVO_SISTEMAPENALERELACOESDEGENERO-fazendogenero.pdf)>. Acesso em: 11 ago. 2011.

CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo: uma análise da Lei nº 11.340/2006. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 14, n. 170, p. 15-17, jan. 2007.

CORRÊA, Lindinalva Rodrigues; CAMPOS, Amini Haddad. *Direitos humanos das mulheres: doutrina, prática, direito comparado, estatísticas, estudos de casos, comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), legislação internacional*. Curitiba: Juruá, 2009.

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

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher)*. 2008. Disponível em: <<http://frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp>>. Acesso em: 20 set. 2011.

DINIZ, Debora. Patriarcado da violência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 10 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,patriarcado-da-violencia,579311,0.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO; SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO. Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado. *Pesquisa de opinião pública realizada em 2010, publicada em agosto de 2010*. Disponível em: <<http://www.fpa.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: POLETTI, Ronaldo (org.). *Notícia do direito brasileiro*, n. 7. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000.

INSTITUTO AVON. *Pesquisa: percepções sobre a violência doméstica contra a mulher no Brasil*. 2011. Disponível em: <[http://www.institutoavon.org.br/wp-content/themes/institutoavon/pdf/iavon\\_0109\\_pesq\\_portuga\\_vd2010\\_03\\_vl\\_bx.pdf](http://www.institutoavon.org.br/wp-content/themes/institutoavon/pdf/iavon_0109_pesq_portuga_vd2010_03_vl_bx.pdf)>. Acesso em: 21 ago. 2011.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero*. 2. ed.

São Paulo: Annablume/FAPESP, 2004.

JESUS, Damásio de. *Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei 11.340/2006*. São Paulo: Saraiva, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.14, n.168, p. 6-7, nov. 2006.

KO, Carolyn N. *Civil restraining orders for domestic violence: the unresolved question of “efficacy”*. *USC Interdisciplinary Law Journal*, vol. 11, n. 2. Spring 2002. Disponível em: < <http://mylaw2.usc.edu/why/students/orgs/ilj/assets/docs/11-2%20Ko.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal: violencia doméstica*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro*. Campinas: Millenium Editora, 2009.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à lei com nome de mulher: o lugar do feminismo na legislação penal brasileira. *Videres*: Universidade Federal da Grande Dourados, Mato Grosso do Sul, ano 2, n. 3, p. 137-159, jan./jun. 2010a.

\_\_\_\_\_. A Lei Maria da Penha e a força simbólica da “nova criminalização” da violência doméstica contra a mulher. In: ENCONTRO NACIONAL DO COPENDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: [s. n.], 2010, p. 936-950.

MORATO, Alessandra Campos et al. *Análise da relação sistema de justiça criminal e violência doméstica contra a mulher: a perspectiva de mulheres em situação de violência e dos profissionais responsáveis por seu acompanhamento*. Brasília: ESMPU, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais co-*

*mentadas*. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de et al. Uma análise do tratamento judicial de casos de violência doméstica em perspectiva comparada no Distrito Federal. 2009. 31 f. Relatório final de pesquisa (Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SABADELL, Ana Lucia. A posição das mulheres no direito. In: \_\_\_\_\_. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 5. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 266-293.

\_\_\_\_\_. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 840, p. 429-456, 2005. Material da 4ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - Universidade Anhangueira-Uniderp - IPAN - REDE LFG, p. 01-25.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Prisão preventiva para garantir execução de medida protetiva de urgência nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2840, 11 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18874>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen

Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. O novo tratamento da violência doméstica e familiar contra a mulher: uma visão panorâmica da Lei Maria da Penha. *Revista da AMPDFT*, [n. 1], 30 abr. 2007, Brasília: AMPDFT, p. 14-20.

UNESCO. *De mãos dadas com a mulher: a UNESCO como agente promotor da igualdade entre gêneros*. Brasília: UNESCO, 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127141por.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2011.

---

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

PIRES, Amom Albernaz. A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 5, p. 121-168, 2011. Anual.

---

**Submissão:** 12/09/2011

**Aceite:** 17/10/2011

---

# **Pedofilia: Aspectos Sociojurídicos e seus Reflexos na Atuação do Ministério Público**

**Daniella Virgínia Gomes**

Promotora de Justiça adjunta do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Pós-graduada pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo estudar o fenômeno da pedofilia sob seus aspectos sociojurídicos, ressaltando os seus reflexos na atuação do Ministério Público. Aborda-se o abuso sexual infanto-juvenil como uma grave violação dos direitos humanos, e a pedofilia é abordada como uma doença, do ponto de vista das ciências médicas. Busca-se enfrentar os aspectos jurídicos referentes à pedofilia e aos crimes de natureza sexual, sobretudo com o advento da Lei nº 12.015/2009. Por fim, analisa-se o papel desempenhado pelo Ministério Público no combate aos crimes, na defesa dos direitos da criança e do adolescente e na interação com outros órgãos, citando-se experiências inovadoras.

**Palavras-chave:** Pedofilia. Abuso sexual – crianças. Abuso sexual – adolescentes. Ministério Público.

**Sumário:** Introdução. 1. A Pedofilia sob o Enfoque das Ciências Extrajurídicas. 1.1 O Abuso Sexual Infantil. 1.2 Conceito de Pedofilia. 1.3 O Perfil do Pedófilo. 1.4 As Consequências da Pedofilia. 2. A Pedofilia e o Direito. 2.1 Ausência de Adequado Tratamento Jurídico ao Portador de Pedofilia. 2.2 Normas Constitucionais e Estatutárias de Proteção da Criança e do Adolescente. 2.3 O Crime de Estupro de Vulnerável. 2.4 Teses sobre a Aplicação da Lei nº 12.015/2009. 3. A Pedofilia e seus Reflexos na Atuação do Ministério Público 3.1 O Papel do Ministério Público. 3.2 O Psicossocial. 3.3 Interação entre os Órgãos Estatais. 3.4 O Combate aos Crimes Relacionados à Pedofilia. Considerações Finais. Referências.

## **Introdução**

A violência sexual praticada contra a criança e o adolescente é um assunto sério e bastante delicado. Ele inclui um grupo integrante de possíveis molestadores de crianças que merece uma atenção especial,

composto por indivíduos portadores de uma grave patologia – a pedofilia.

Nos dias atuais, o assunto tem ocupado crescente espaço na mídia. O jornal *Correio Braziliense*, por exemplo, na reportagem denominada “No topo da degradação”, publicada em 28 de julho de 2010, mostrou que o Brasil está entre os quatro países do mundo com o maior volume de compartilhamento de imagens e vídeos relacionados à violência sexual contra crianças e adolescentes, atrás apenas de Alemanha, Espanha e Inglaterra. Conforme dados do mesmo periódico, a Polícia Federal, ao deflagrar a Operação Tapete Persa – o desdobramento de uma operação feita pela Polícia Alemã –, prendeu 21 pessoas em flagrante por posse de material pornográfico infantil, sendo que 30% delas seriam indiciadas por estupro de vulnerável – um número recorde em casos de pedofilia.

O fenômeno da pedofilia é multifacetado, interdisciplinar e complexo. Seu estudo envolve médicos, psicólogos e operadores do direito. A doença, de difícil diagnóstico, não tem o seu tratamento incentivado no nosso país. Ao contrário, a utilização de termos equivocados como “castração hormonal” denotam uma concepção equivocada da sociedade brasileira sobre o assunto.

Apesar de sua complexidade, a pedofilia e seus contornos precisam ser enfrentados por toda a sociedade, uma vez que, ao pôr em prática seus instintos, o pedófilo comete uma das mais graves violações dos direitos humanos das crianças e adolescentes, cujas consequências costumam perdurar durante toda a vida.

Assim, apesar de não ser um assunto novo, a pedofilia precisa ser revisitada e abordada de forma científica e crítica, com vistas a seu combate efetivo neste início de século XXI.

O objetivo geral deste trabalho é descrever os aspectos médico-psicológicos quanto ao agressor e à vítima e analisar as normas jurídicas

de proteção da criança, com especial destaque para a Lei nº 12.015/2009 e para o papel desempenhado pelo Ministério Público.

## **1 A Pedofilia sob o Enfoque das Ciências Extrajurídicas**

### **1.1 O Abuso Sexual Infantil**

O abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes constitui uma das mais graves violações dos direitos humanos, razão pela qual seu combate deve ser prioridade para os agentes estatais competentes, para a família e para a sociedade.

Pode ser definido como qualquer conduta sexual praticada por um adulto ou adolescente, pelo menos 5 (cinco) anos mais velho, com uma criança ou adolescente, como forma de obter uma estimulação sexual, incluindo ou não violência física, violência psicológica ou sedução.

O abuso sexual infantil é uma forma de violência de gênero que envolve uma relação de poder, coação e/ou sedução.

Na definição de Matilde Conti:

O abuso sexual é uma situação em que uma criança ou adolescente é usado para gratificação sexual de um adulto ou mesmo de um adolescente mais velho, baseado em uma relação de poder que pode incluir desde carícias, manipulação da genitália, exploração sexual, *voyeurismo*, pornografia e exibicionismo, até o ato sexual com ou sem penetração, com ou sem violência (CONTI, 2008, p.65).

A estimulação sexual de crianças viola gravemente os direitos desses seres em desenvolvimento. O agressor não só negligencia seus deveres de cuidado e proteção para com a criança, mas utiliza de forma desleal sua relação de poder impondo à vítima o medo, o sofrimento, a violência, o abuso. O agressor trata a vítima não como um sujeito

portador de direitos, mas como um simples objeto de satisfação de sua lascívia.

Retrocedendo na História do Brasil e do mundo, verifica-se que a relação sexual de adultos com crianças não é um fenômeno novo. Na Grécia antiga, ela era retratada em pinturas de homens mantendo relações sexuais com meninos. No Império Romano, o uso de menores para satisfação sexual de adultos era tolerado, enquanto que, na China, alguns meninos eram vendidos a ricos pederastas.

Mas, a partir do século XX, cresce a preocupação com a proteção das crianças, a exemplo da promulgação da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. Noutro giro, a partir de 1970, diversos estudos surgiram a partir do relato de mulheres vítimas de abuso sexual na infância que, graças ao movimento feminista, romperam a barreira do silêncio.

Nos dias atuais, ao descortinar do século XXI, o abuso sexual infanto-juvenil é intolerável, mas, infelizmente, sua prática ainda ocorre em proporções alarmantes.

As causas do abuso compreendem fatores socioeconômicos, culturais e psíquicos, o que dificulta ainda mais a prevenção desse mal. Salienta Patrícia Calmon Rangel, especificamente no tocante ao abuso sexual intrafamiliar:

Os fatores que o permeiam são quase sempre os mesmos: a dependência estrutural entre criança e seus pais, questões de poder que envolvem esta relação, o sentimento de cumplicidade da criança em relação ao abuso, além do segredo envolvido no processo (RANGEL, 2001).

Os agressores sexuais se dividem em pelo menos três categorias: o abusador sexual (intra e extrafamiliar), o cliente e o aliciador. Os dois primeiros fazem uso direto do corpo da criança para sua satisfação sexual, sendo que o cliente efetua pagamento em contrapartida ao ato

sexual. Por sua vez, o último grupo é formado por aqueles que fazem comércio do sexo envolvendo esses seres em desenvolvimento. Em síntese, podemos dizer que, no abuso sexual, não há uma intermediação financeira, o que já se encontra presente na exploração sexual.

Mas ao contrário do que possa parecer à primeira vista, os exploradores e abusadores sexuais não se confundem com os pedófilos. É importante diferenciar os agressores sexuais portadores e não portadores de pedofilia. E mais, é relevante destacar que nem todos os pedófilos são molestadores de crianças.

## 1.2 Conceito de Pedofilia

A correta conceituação de pedofilia não é uma simples questão de terminologia, mas um imperativo para uma clara compreensão do fenômeno. Além de ser complexo e multicausal, o estudo da pedofilia tem natureza interdisciplinar, uma vez que envolve aspectos médicos, psicanalíticos, psicológicos e jurídicos.

Cumprindo observar que não existe, na legislação brasileira, um crime denominado pedofilia, pela simples razão de que pedofilia não é crime, e sim um distúrbio neuropsiquiátrico que pode ensejar a prática de diversos delitos contra crianças e adolescentes.

Na obra mencionada acima, Matilde Slaib Conti (2008) conceitua a pedofilia como uma “parafilia representada por desejo forte e repetido de práticas sexuais e de fantasias sexuais com crianças pré-púberes.” A mesma autora traz a definição do pesquisador americano Jim Hopper, da Universidade de Boston, Massachusetts, para quem “pedofilia é um conceito de doença que abarca uma variedade de abusos sexuais de menores, desde homossexuais que procuram meninos na rua até parentes que mantêm relações sexuais com menores dentro de seus lares.”

Segundo a Classificação Internacional de Doenças – CID, publicação sob a responsabilidade da Organização Mundial de Saúde (OMS), a pedofilia é um transtorno da preferência sexual, caracterizado pela “preferência sexual por crianças, meninos ou meninas, ou ambos, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade”. A pedofilia é classificada no CID pelo código F.65.4.

O promotor de Justiça Pedro Oto de Quadros, do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em artigo intitulado “Pode o Judiciário autorizar a Pedofilia?”, publicado pelo IBDFAM, na obra *Família e Jurisdição*, volume III, da editora Del Rey, brinda-nos com uma definição bastante esclarecedora sobre a pedofilia. Leciona o promotor de Justiça de defesa da infância e juventude o seguinte:

O foco parafilico da pedofilia envolve atividade sexual com uma criança pré-púbere (geralmente com 13 anos ou menos). O indivíduo com pedofilia deve ter 16 anos ou mais e ser pelo menos cinco anos mais velho que a criança. Para indivíduos com pedofilia no final da adolescência, não se especifica uma diferença etária precisa, cabendo exercer o julgamento clínico, pois é preciso levar em conta tanto a maturidade sexual da criança quanto a diferença de idade. Os indivíduos com pedofilia geralmente relatam uma atração por crianças de uma determinada faixa etária. Alguns preferem meninos, outros sentem maior atração por meninas, e outros são excitados tanto por meninos quanto por meninas. (...) Os indivíduos com pedofilia que atuam segundo seus anseios podem limitar sua atividade a despir e observar a criança, exhibir-se, masturbar-se na presença dela, ou tocá-la e afagá-la. Outros, entretanto, realizam sexo oral ou penetram a vagina, boca ou ânus da criança com seus dedos, objetos estranhos ou pênis, utilizando variados graus de força para tal. Essas atividades são geralmente explicadas com desculpas ou racionalizações de que possuem “valor educativo” para a criança, de que esta obtém “prazer sexual” com os atos praticados, ou de que a criança foi “sexualmente provocante” – temas comuns também na pornografia pedófila (QUADROS, 2010, p. 357-358).

Existe certo consenso em se conceituar a pedofilia como uma forma de transtorno sexual, da mesma forma que o sadismo, o fetichismo, o

exibicionismo, o voyeurismo e a estigmatofilia (excitação com pregos), entre outras formas de parafilia. A grande dificuldade que se impõe, especialmente em nosso país, é tratar a pedofilia de fato e de direito como uma doença.

Com efeito, a pedofilia é um transtorno sexual e se o pedófilo pratica atividades sexuais com infantes, ele é também um molestador de crianças. Entretanto, se o portador de pedofilia nunca colocou em prática seus instintos, ele não é um criminoso. O molestador de crianças precisa ser responsabilizado criminalmente. O portador de pedofilia, que jamais praticou um crime, é um doente que precisa de tratamento, inclusive, para não se tornar um criminoso. Por isso, a importância de se diferenciar o primeiro do segundo grupo.

### 1.3 O Perfil do Pedófilo

Entre os estudos de psiquiatria forense, no artigo “Considerações sobre o tratamento dos criminosos sexuais”, Vieira Júnior (2006, p. 146) indica que a maioria dos ilícitos de natureza sexual é praticada por indivíduos que não portam qualquer condição psiquiátrica definida, ou seja, são criminosos comuns. Por outro lado, tais estudos demonstram também que a maioria dos portadores de transtornos sexuais não chega a cometer crimes dessa natureza.

Todavia, margeando os dois lados antagônicos, encontram-se os portadores de transtornos sexuais que praticam crimes. A correta identificação desse grupo é um imperativo para uma compreensão mais ampla do fenômeno, para a definição das políticas de intervenção e para a aplicação da adequada resposta pelo sistema jurídico.

Não existe um perfil que identifique o portador de pedofilia, o que dificulta ainda mais o seu diagnóstico. Em geral, os pedófilos são vistos socialmente como pessoas acima de qualquer suspeita, podem ter

uma ocupação profissional das mais variadas possíveis, mas, em regra, possuem uma paciência acima da média com as crianças e gostam de ficar perto delas. É raro que mulheres sejam acometidas de pedofilia.

Maria Amélia Azevedo e Viviane Guerra (2000, p. 102) indicam as seguintes características comportamentais de um pedófilo: comumente são do sexo masculino; relacionam-se melhor com crianças que com adultos; costumam colecionar pornografia infantil e frequentemente trocam fotografias com outros pedófilos; falam de uma criança como quem fala de uma amante ou esposa adulta; normalmente foram vítimas de molestação infantil e frequentemente são membros respeitados na comunidade.

Além de baixa autoestima e inaptidão social, os portadores de pedofilia apresentam alterações funcionais cerebrais. Sartorius et al (2008) demonstraram que existem alterações neuroendócrinas no sistema límbico dos portadores de pedofilia, cuja função comportamental do hipotálamo, integrante do sistema, está relacionada diretamente com a atividade sexual.

Segundo alguns autores, os portadores de pedofilia têm uma personalidade sexual imatura, o que os levaria a se sentir atraídos por crianças. Sob outro ponto de vista, a imaturidade também se faria presente na percepção da vítima e de sua própria conduta. Acerca desse assunto, salienta Lisieux Telles apud Maria Regina Azambuja:

[...] o agressor de crianças percebe-se menos responsável por sua conduta que a criança. Estes indivíduos acreditam que estas estão aptas e são parceiras adequadas à sua satisfação e relatam que, além de utilizar a criança como objeto de prazer sexual, também a utilizam para suas necessidades de aceitação. Estas condições apresentam, portanto, noções calcadas em alterações cognitivas que são a base de seus comportamentos (AZAMBUJA, 2004, p. 160).

Em que pese as dificuldades do diagnóstico, a identificação do portador de pedofilia e seu encaminhamento a um tratamento adequado poderá reduzir o número de vítimas e evitar as inúmeras implicações que o abuso sexual acarreta na vida de uma criança.

#### 1.4 As Consequências da Pedofilia

A vitimologia é uma disciplina que estuda o processo de vitimização, suas consequências e os direitos das vítimas. O fenômeno da vitimização merece especial atenção pelos profissionais e pela família, pois o abuso sexual acarreta danos – muitas vezes, irreversíveis – às crianças e aos adolescentes.

A criança vítima de abuso sexual carrega na alma um sofrimento muito intenso. Os pais e professores devem estar atentos às mudanças bruscas de comportamento, pois são a forma de a criança expressar que algo está errado.

De acordo com a psicóloga Margareth Silveira, citada por Matilde Slaib Conti, os principais sintomas apresentados pelas vítimas a curto prazo são:

Sentimento de impotência e desamparo, que geram altos níveis de ansiedade e tristeza; distúrbios do sono, como insônias e pesadelos; distúrbios alimentares; temores; fobias; depressão; distúrbios de aprendizagem; agressividade; relutância em frequentar o local do agressor; comportamento sexual prematuro e inadequado para a faixa etária; déficit de atenção; rebeldia e desconfiança; sentimentos de dano corporal; sintomas psicossomáticos e fugas do lar (CONTI, 2008, p. 84).

Por outro lado, a mesma psicóloga aponta os seguintes efeitos a longo prazo que a pedofilia pode causar na vítima:

Desconfiança, hostilidade e raiva, frutos do sentimento de traição sentida pelas pessoas que deveriam cuidá-la e protegê-la; baixa auto-estima, autodesvalorização e autoincriminação agravados por sentimentos de culpa e vergonha; depressão e comportamento agressivo, autodestrutivo e até suicida; relacionamento interpessoal comprometido; baixo desempenho escolar; abuso de substâncias – drogas ou álcool e disfunção sexual (CONTI, 2008, p. 84).

Na obra “Crianças Vitimizadas”, Maria Azevedo e Viviane Guerra fazem um alerta sobre a inadequação do comportamento sexual das vítimas:

[...] a criança sexualmente vitimizada, qualquer que seja o tipo de abuso contra ela praticado, tende a prostituir-se, se for mulher, e a molestar outras crianças, se for homem. [...] Meninas molestadas por adultos no terreno sexual podem se tornar prostitutas, esposas frígidas, lésbicas, etc.; meninos sexualmente vitimizados constituem-se, quase sempre, em agressores sexuais de meninas e outros meninos (AZEVEDO; GUERRA, 2007, p. 86-89).

Diante da suspeita de abuso sexual, é importante analisar se a criança apresenta mudanças bruscas de comportamento (humor, sonolência, apetite), lesões e hematomas sem explicação, doenças sexualmente transmissíveis, medo de ficar sozinha ou próxima do agressor.

A criança que sofre abuso sexual deve ser considerada em situação de risco. Infelizmente, quando o agressor pertence ao núcleo familiar da vítima, verifica-se uma alarmante subnotificação, de modo que o número de casos levados ao conhecimento das autoridades competentes é certamente muito inferior ao número de casos ocorridos.

## 2 A Pedofilia e o Direito

### 2.1 Ausência de Adequado Tratamento Jurídico ao Portador de Pedofilia

Conforme salientado, a pedofilia é considerada uma doença pela Organização Mundial de Saúde – OMS, e, segundo os especialistas, é uma doença tratável. No entanto, a interface do sistema jurídico pátrio com a medicina e a psiquiatria ainda é bastante precária e controversa.

Ressaltamos anteriormente que a maioria dos criminosos sexuais não possui o diagnóstico de personalidade antissocial ou psicopática, razão pela qual devem ser tratados pela Justiça como criminosos comuns. No entanto, os portadores de pedofilia que praticam abuso sexual devem ser encaminhados para tratamento psiquiátrico ou psicológico pelo próprio sistema jurídico.

Diante de fundada suspeita ou diagnóstico confirmado de pedofilia para o agressor sexual, os peritos devem ser chamados a opinar sobre o grau de imputabilidade do agente. Segundo o art. 26 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A imputabilidade penal é a capacidade de culpabilidade, ou seja, é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. Ela é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender

o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento).

A pedofilia é um comportamento sexualmente inadequado em razão de transtornos neuropsiquiátricos (elemento intelectual) e pode comprometer a autodeterminação, capacidade volitiva (elemento volitivo). Assim, conforme o grau de entendimento e determinação, verificar-se-á se o portador de pedofilia que comete um crime sexual é imputável, semi-imputável ou inimputável.

Em geral, os portadores de pedofilia possuem capacidade de entendimento, mas nem sempre possuem capacidade de autodeterminação.

Desse modo, é inegável a importância jurídica de se diferenciar os agressores sexuais de crianças com e sem pedofilia, de se determinar o grau de imputabilidade dos agentes e de se viabilizar um adequado tratamento. Conforme o grau do transtorno, o portador de pedofilia pode ser submetido à medida de segurança.

No Brasil, uma das maiores autoridades sobre o assunto, o médico Danilo Baltieri, mestre e doutor pelo Departamento de Psiquiatria da Universidade de São Paulo, em artigo conjunto com Arthur Guerra Andrade (2009) sobre o tratamento dos agressores sexuais no país, publicado no “International Journal of Forensic Mental Health” afirma que a pedofilia é uma doença passível de tratamento. De acordo com o especialista, que também coordena um ambulatório de transtornos da sexualidade em uma faculdade paulista, o tratamento pode ser bastante eficaz e a medicação não traz prejuízos aos pacientes.

Baltieri (2009), no trabalho científico supramencionado, resente que o tratamento hormonal para perigosos agressores sexuais seja considerado imoral em nosso país. Segundo o médico, fatores de risco podem ser amenizados com tratamento adequado.

Infelizmente, a mídia brasileira, cujo poder de formação da opinião popular é inquestionável, refere-se a um tratamento sério e de comprovada eficácia em outros países, utilizando-se de termos como “castração química”. Assim, inibe-se em nosso país a aplicação adequada de hormônios cujos principais efeitos são diminuir a impulsividade dos agressores, tratar os doentes e reduzir o número de vítimas.

A luta pelo adequado tratamento dos portadores de pedofilia em nosso país enfrenta inúmeros obstáculos, mas não deve ser esquecida, em especial, porque a dor e o sofrimento ocasionados às vítimas de abuso sexual infantil são imensuráveis.

## 2.2 Normas Constitucionais e Estatutárias de Proteção da Criança e do Adolescente

O reconhecimento da criança como sujeito de direitos advém de um longo processo histórico. A noção de infância com a compreensão das peculiaridades dessa importante fase da vida é relativamente recente.

Somente a partir do século XX, cresce com maior evidência a preocupação pela proteção das crianças, que passam a figurar como sujeitos de direitos, a exemplo da promulgação da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. A supramencionada Convenção, vigente em nosso país desde 20 de novembro de 1990, consigna em seu artigo 19:

Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

No Brasil, com a redemocratização, passam a ser adotadas as diretrizes internacionais atinentes aos direitos humanos da criança. Assim, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 representam uma mudança de paradigma e são o arcabouço legal que embasa as ações voltadas à proteção da infância e da juventude.

Norteadas pela doutrina da proteção integral e pelos princípios do melhor interesse, da prioridade absoluta e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a Carta Magna de 1988 trata a criança e o adolescente como seres humanos especiais que requerem atenção prioritária da família, da sociedade e do Estado. A Constituição Federal de 1988 representa, sem dúvida, a preocupação da sociedade brasileira face às nossas crianças e jovens vítimas de toda sorte de violência.

Emblemáticos, o art. 227 da Constituição, *caput*, e o seu parágrafo 4º estabelecem que:

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

[...]

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Na esteira da Constituição de 1988, promulgou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio da Lei nº 8.069, de 1990, que constitui um avanço significativo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais de proteção da infância e da juventude. Também é enfática a regra estabelecida pelo artigo 5º do Estatuto, *in verbis*: “Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de

negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

O Estatuto traz em detalhe os direitos fundamentais relacionados à infância e adolescência, ao passo que indica os órgãos encarregados de fiscalizar a observância de tais direitos, dentre os quais o Ministério Público, o Poder Judiciário, os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e o Conselho Tutelar. Tais segmentos sociais e estatais formam as chamadas “Redes de Proteção” de atendimento de crianças e adolescentes em situação de risco.

É necessário que todos os atores sociojurídicos que integram as redes de proteção se articulem de forma coordenada para que crianças e adolescentes possam exercer de forma plena sua cidadania infanto-juvenil.

O grande desafio que se impõe neste início de século XXI não é tanto aprimorar a legislação, e sim fazer cumprir de forma efetiva as normas vigentes, sobretudo com a adoção de políticas públicas que afirmem a criança e o adolescente como sujeitos de direitos.

### 2.3 O Crime de Estupro de Vulnerável

Conforme observado anteriormente, a pedofilia em si não constitui um crime. Trata-se de um transtorno neuropsiquiátrico que pode ensejar a prática de diversos delitos. No entanto, o pedófilo pode vir a tornar-se um estuprador de crianças.

A Lei nº 12.015/2009 deu nova redação ao Código Penal ao modernizar a nomenclatura de “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual” e, entre outras inovações, estabeleceu, no seu art. 217-A, a definição do crime de Estupro de Vulnerável, *in verbis*:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A nova figura típica possui como objeto jurídico a dignidade sexual da criança e como elementar a vítima menor de 14 (quatorze) anos. Quanto ao elemento subjetivo, este é o dolo, que inclui o conhecimento da menoridade da vítima. A ação física pressupõe conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso.

A nova lei pôs fim à discussão acerca da incidência da causa de aumento determinada pelo art. 9º da lei dos crimes hediondos, se configurada alguma das hipóteses do antigo art. 224 do Código Penal, ao criar uma figura autônoma para o estupro de vulnerável, revogando-se o art. 224 do estatuto repressivo.

A lei e a jurisprudência têm sido implacáveis quanto à prática de relações sexuais com menores de 14 (quatorze) anos. Existem entendimentos no sentido de que é irrelevante a aparência de idade superior, conforme julgado a seguir:

Não exclui a presunção da violência a errada suposição de ter a vítima idade superior a 14 anos, fundada no seu precoce desenvolvimento. Se a ciência não pode fornecer dados seguros para o cálculo da idade em certos períodos e se é da experiência comum que nada mais enganoso do que a avaliação da idade pelas aparências, a suposição do agente não pode deixar de ser lastreada pela dúvida e quem age na dúvida assume o risco (RT 489/369).

Antes do advento da Lei nº 12.015/2009, a idade inferior a 14 anos constituía hipótese de presunção de violência. Ou seja, em razão da idade, a vítima não tinha capacidade para consentir na relação sexual. Aparentemente, o novo crime de estupro de vulnerável afastou a discussão acerca da violência presumida, ao trazer como elemento objetivo a idade do sujeito passivo.

Entretanto, Guilherme de Souza Nucci (2010) defende que a proteção conferida aos vulneráveis continua a despertar o debate doutrinário e jurisprudencial acerca da figura da vulnerabilidade como sendo absoluta ou relativa. Segundo o autor, o legislador deveria conferir proteção absoluta contra a prática de relações sexuais com crianças que, segundo o Estatuto, são os menores de 12 anos. Já em se tratando de relação sexual praticada com adolescente de 12 ou 13 anos, a vulnerabilidade não deveria ser absoluta mas relativa.

Com efeito, entendemos que não está superada a discussão acerca da relatividade da figura da vulnerabilidade, nos mesmos moldes da presunção de violência. O Direito não deve fechar os olhos para a evolução do comportamento humano, sobretudo, penalizando jovens que precocemente iniciam sua vida sexual com outro adolescente. Especialmente nas Varas da Infância e Juventude, para fins de caracterização da prática de ato infracional, devem ser analisadas criteriosamente a anuência da vítima e a diferença de idade não superior a 5 (cinco) anos. Da mesma forma, defendemos que aquele que pratica um ato de natureza sexual com um menor de 14 anos, desconhecendo esta realidade, não assume o risco mas incorre em erro de tipo<sup>1</sup>.

---

1 Erro de tipo é aquele que recai sobre circunstância que constitui elemento essencial do tipo. É a falsa percepção da realidade sobre um elemento do crime. É a ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal (BITENCOURT, 2002, p. 339).

Para Aluizio Bezerra Filho (2010), o crime de estupro de vulnerável é uma resposta severa aos casos de pedofilia. Tanto que a pena do crime de estupro de vulnerável é autônoma e mais grave se comparada ao estupro comum. Defende o autor que:

Este dispositivo penal definiu como crime a prática sexual ou de atos libidinosos contra criança, enquadrando, assim, a conduta da pedofilia que é a perversão sexual na qual a atração sexual de um indivíduo adulto está dirigida primariamente para as crianças. Com a introdução desta norma penal, o agente que atentar com a dignidade sexual de uma criança para fins de relação sexual ou de atos libidinosos, receberá uma reprovação penal severa e intensa. O transtorno de personalidade de adultos que tem por preferência sexual meninos ou meninas, ainda nas fases pré-púberes, exigia uma resposta penal forte diante da disseminação de fatos chocantes divulgados pela mídia nacional (BEZERRA FILHO, 2010, p. 69).

#### 2.4 Teses Sobre a Aplicação da Lei nº 12.015/2009

A Lei nº 12.015/2009 adveio em meio a calorosas discussões no Congresso Nacional sobre a Pedofilia, a exemplo da CPI da Pedofilia que investigava o envolvimento de políticos, religiosos e outras personalidades influentes na exploração sexual de crianças.

Entretanto, a nova lei uniu em uma mesma figura típica as condutas de estupro e atentado violento ao pudor. Assim, a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal tornou-se modalidade de estupro.

Por esta razão, o advento da *novatio legis* acarretou uma inquietante discussão em sede doutrinária e jurisprudencial acerca das condenações transitadas em julgado pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em concurso material.

Primeiramente, é relevante destacar que, com a revogação do artigo 214 do Código Penal, que tratava do crime de atentado violento

ao pudor, não há que se falar em *abolitio criminis*. A prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal passou a ser uma modalidade de estupro.

Antes do advento da Lei nº 12.015/2009, o constrangimento à conjunção carnal e à prática de atos libidinosos diversos que não fossem prelúdio ao coito acarretava na condenação por estupro e atentado violento ao pudor em concurso material.

Acerca do novo delito descrito pelo artigo 213 do Código Penal, firmaram-se duas teses: a do tipo misto cumulativo e a do tipo misto alternativo com a exasperação da pena.

Para os defensores da primeira corrente, a prática de mais de uma conduta descrita no artigo 213 enseja a soma das penas, uma vez que as condutas não seriam alternativas como no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), não havendo que se falar em fungibilidade ante a realização de mais de uma conduta.

Sobre o tema, escreveu o eminente jurista Vicente Greco Filho (2009) em artigo intitulado “Uma interpretação de duvidosa dignidade”:

O que deve ser buscado é a vontade da lei, na sua realidade e seu contexto mediante a aplicação de métodos técnicos, mas antes ou mais que tudo mediante o respeito à sua razão de ser no mundo jurídico. Neste momento nacional, de violência de todas as formas, de preocupação de respeito à dignidade da pessoa humana, de combate à pedofilia e violência sexual em especial, a reforma empreendida pela lei somente pode ser interpretada com esses componentes. Ameaça-se, contudo, uma interpretação que os nega e prestigia a violência sexual, a dignidade da criança e da mulher especialmente e, mais que tudo, afronta o bom senso e o princípio do respeito à proporcionalidade e preventividade do Direito Penal (GRECO FILHO, 2009).

Por outro lado, parte dos doutrinadores defende a tese de crime único com exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal. Para tais estudiosos, existe crime único de estupro — ou estupro

de vulnerável, conforme o caso — mas sempre com exasperação da pena-base.

Segundo essa corrente, o crime de estupro pode ser classificado como de ação múltipla de conteúdo variado ou plurinuclear. O tipo penal contém mais de uma modalidade de conduta, sendo que a circunstância da realização de várias condutas correspondentes a vários núcleos verbais típicos, necessariamente, deve ser avaliada na fixação da pena, exasperando-a.

Assim, afora os casos em que os atos libidinosos são prelúdio do coito, hipótese em que são por este absorvidos, a prática de mais de um núcleo verbal típico acarreta a exasperação da pena-base, nos termos do artigo 59 do Código Penal.

A tese do crime único com exasperação da pena base é defendida, por exemplo, por Rogério Sanches, Luiz Flávio Gomes e Valério Mazzuoli:

Com a Lei 12.015/09 o crime de estupro passou a ser de conduta múltipla ou de conteúdo variado. Praticando o agente mais de um núcleo dentro do mesmo contexto fático, não desnatura a unidade do crime (dinâmica que, no entanto, não pode passar imune na oportunidade do art. 59 do CP). (...) Em todos os casos concretos em que o juiz (ou tribunal) reconheceu qualquer tipo de concurso de crimes (formal, material ou crime continuado) cabe agora a revisão judicial para adequar as penas, visto que doravante já não existe distinção tipológica entre o estupro e o atentado violento ao pudor. Cuida-se doravante de crime único (cabendo ao juiz no case de multiplicidade de atos, fazer a adequada dosagem da pena) (SANCHES; GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 36-37).

Com a devida vênia, entendemos que a interpretação que melhor atende ao espírito da lei e à dignidade da criança é a tese do tipo misto cumulativo. A situação deve ser a mesma da vigência dos antigos artigos 213 e 214 do Código Penal. A fusão das condutas em um único artigo não trouxe alterações que visem abrandar a situação dos criminosos.

Um entendimento diverso careceria de razoabilidade. Os novos crimes de estupro e estupro de vulnerável configuram tipos penais mistos de conteúdo cumulativo, autorizando a cumulação das penas ou o reconhecimento da continuidade delitiva, conforme o caso.

### **3 A Pedofilia e seus Reflexos na Atuação do Ministério Público**

#### **3.1 O Papel do Ministério Público**

O Ministério Público, segundo dicção do art. 127 da Carta Magna, é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Agigantado pela Constituição de 1988, tem a missão de defensor da sociedade, com especial destaque para o seu papel de guardião da infância e da juventude. O Ministério Público se insere como órgão estatal integrante da rede de proteção da criança e do adolescente, com a missão de zelar pelo cumprimento das normas estabelecidas pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros diplomas legais.

Releva destacar as diferentes frentes de atuação do órgão ministerial, seja judicial ou extrajudicialmente, nos juízos cíveis e criminais, como parte e como fiscal da lei. Não se deve olvidar ainda do relevante poder investigatório conferido aos membros do Ministério Público, e da importância da propositura de ações e da fiscalização das políticas públicas, para dar efetividade ao princípio constitucional da prioridade absoluta conferida às crianças e adolescentes.

Sobre esse último aspecto, vale ressaltar a importância do controle social do orçamento público destinado às crianças e aos adolescentes, papel a ser desempenhado especialmente pelo órgão ministerial. Em

monografia sobre o tema, a promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios Jaqueline Ferreira Gontijo (2008) ressalta que o Ministério Público é um parceiro da sociedade civil no exercício do controle social e cita experiência positiva no âmbito do MPDFT no monitoramento do Orçamento Criança e Adolescente (OCA), por meio de uma Comissão que passou a acompanhar a tramitação dos projetos de leis orçamentárias.

Com efeito, o leque de atuação do Ministério Público é bastante amplo. O promotor de Justiça promove a ação penal nos crimes praticados contra crianças e adolescentes, busca combater o abuso sexual e garantir às vítimas o afastamento da situação de risco em que se encontram. Nesse caso, se o abuso for intrafamiliar, torna-se necessário afastar a vítima de seu agressor, com a possibilidade de suspensão e destituição do poder familiar, nos termos dos artigos 1637 e 1638 do Código Civil em vigor, ações para cuja propositura o órgão ministerial é legitimado. Poderão ainda ser decretadas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, as medidas protetivas de urgência em face do agressor, previstas no artigo 22 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), bem como as medidas previstas no artigo 101 da Lei nº 8.069/90 (ECA). Por uma questão de equidade, defendemos que as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha também devem ser adotadas quando a vítima for um menino, isto porque as crianças, sejam meninos ou meninas, não devem receber um tratamento desigual, sob pena de ofensa à nossa Constituição.

Também não menos importante é o papel do Ministério Público na fiscalização dos Conselhos Tutelares. Tais conselhos são importantes instrumentos de proteção dos direitos e garantias infanto-juvenis. Desse modo, é de especial relevância o papel do órgão ministerial na fiscalização do seu pleito eleitoral e do cumprimento de suas funções

estatutárias. Deve ser coibida a promoção político-partidária dos conselheiros, e seus integrantes devem receber capacitação técnica para o exercício de seu relevante mister.

Entre os instrumentos de atuação do órgão ministerial, destacam-se: a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção dos interesses das crianças e dos adolescentes; a instauração de sindicância, a requisição de diligências investigatórias e a determinação da instauração de inquérito policial para apuração de crimes praticados contra crianças e adolescentes; a fiscalização de entidades públicas e particulares de atendimento e dos programas voltados ao público infanto-juvenil; e a fiscalização do processo de escolha e da atuação dos membros dos Conselhos Tutelares.

Incumbe ao *Parquet* buscar a justa reprimenda penal para os molestadores de crianças e, sobretudo, interagir com os demais órgãos estatais e com toda a sociedade civil, visando combater os crimes, proteger as vítimas e encaminhar os portadores de pedofilia que sejam passíveis de tratamento.

Um posicionamento inovador que vem sendo adotado no âmbito do Ministério Público do Rio Grande do Sul é a oitiva de crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas, em ação cautelar de produção antecipada de provas, com fundamento no artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal. Com este procedimento, que vem sendo referendado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o infante é inquirido uma única vez, em data próxima à propositura da ação, resguardando-se sua memória e evitando-se uma possível revitimização em um segundo depoimento.

A atuação do Ministério Público não deve ser meramente formal. Deve-se buscar resolver o problema da criança e do adolescente com atitudes proativas e inovadoras. A título de exemplo, citamos a existência,

no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT, do Núcleo de Enfrentamento à Violência e à Exploração Sexual contra a Criança e o Adolescente – NEVESCA. Entre outras atribuições, o Núcleo busca formular políticas públicas, implementar mecanismos de prevenção de crimes e propor procedimentos que visem evitar a vitimização secundária de crianças e adolescentes. Merecem destaque, ainda, o projeto “Adote um Abrigo” do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, que objetiva viabilizar a participação da comunidade na manutenção dos abrigos municipais, e o projeto “Núcleo de Apoio à Família” do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que encaminha pais que lesarem direitos e interesses dos filhos menores a cursos ou programas de orientação.

Enfim, é vasta e de enorme responsabilidade a tarefa do Ministério Público na luta contra a criminalidade e na defesa da dignidade da criança e do adolescente. Com a independência, seriedade e coragem de seus membros, a Instituição tem o compromisso de ser a voz da sociedade, utilizando-se de todos os mecanismos legais.

### 3.2 O Psicossocial

Como importante auxiliar do promotor de Justiça e do magistrado, merece destaque o papel desempenhado pelo Psicossocial. Trata-se de uma equipe interdisciplinar, integrante do Poder Judiciário ou do Ministério Público, que tem a importante função de elaborar relatórios técnicos avaliando a situação social e familiar da vítima de abuso sexual. Consoante art. 151 da Lei nº 8.069/90:

Art. 151. Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento,

prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

O enfoque interdisciplinar objetiva à busca da compreensão mais ampla da realidade em que está inserida a vítima de abuso sexual. A equipe trabalha a fim de alcançar uma compreensão sistêmica do fenômeno (circularidade, multicausalidade e complexidade).

O Centro de Referência para Proteção Integral da Criança e do Adolescente em Situação de Violência Sexual – CEREVIS, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFDT, formado por assistentes sociais e psicólogos, tem a seguinte missão:

Promover a articulação das instituições que compõem a rede de atenção à criança e ao adolescente, governamentais ou da sociedade civil, realizando um trabalho de parceria para a vinculação das famílias aos serviços que possam garantir que crianças, adolescentes e familiares tenham seus direitos violados resgatados, bem como possam favorecer as condições de proteção das famílias (BRASIL, 2011).

O assessoramento psicossocial nos casos de abuso sexual consiste em preparar crianças e adolescentes para serem ouvidos em audiência; elaborar estudo sobre a dinâmica familiar; escutar a criança quando esta não for ouvida em audiência; e propor o encaminhamento da criança e adolescente às redes de apoio e instituições de atendimento, se for o caso.

Atualmente, é controverso o depoimento judicial de crianças. Existem os defensores da necessidade deste depoimento, os quais argumentam que, na maioria dos crimes de natureza sexual, a única prova do crime é o depoimento da vítima.

Contrariamente à exigência do depoimento judicial de crianças, encontram-se os adeptos do chamado “Depoimento Sem Dano” que

fundamentam seu posicionamento no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que possui a seguinte dicção:

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

O sistema de escuta judicial, denominado “Depoimento Sem Dano”, é um serviço técnico especializado que faz a oitiva da criança ou adolescente por intermédio de profissionais habilitados, notadamente psicólogos, em um espaço especialmente projetado. Esse serviço busca que a criança relate com suas próprias palavras os fatos que lhe dizem respeito.

Afirmam os defensores desse entendimento que o procedimento judicial de inquirição em audiência pode ser extremamente traumático, provocando na criança um novo sofrimento, uma nova “vitimização”.

A maioria dos psicólogos entende que, em razão da imaturidade da criança e de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, ela não deve ser inquirida, e sim ouvida. A inquirição judicial teria como pressuposto a capacidade do interrogado de responder linearmente às indagações. Por sua vez, seria papel dos psicólogos apenas ouvir as crianças, de forma livre e sem interrupções, respeitando o seu fluxo de memória e de maneira a evitar novo sofrimento às vítimas (vitimização secundária). A regulamentação da escuta psicológica de crianças e adolescentes na Rede de Proteção foi instituída pela Resolução do

Conselho Federal de Psicologia nº 10, de 29 de junho de 2010, publicada no Diário Oficial da União de 30 de junho do mesmo ano.

Com efeito, deve-se buscar a todo custo respeitar a dignidade da criança e do adolescente. Assim, o depoimento perante profissionais habilitados, sob a modalidade de depoimento sem dano (DSD) é o mais indicado para crianças, evitando-se a vitimização secundária. Os adolescentes, que são os maiores de 12 anos, sempre que possível, evem ser ouvidos pelo juiz, nos termos do § 1º do art. 28 e art. 111, inciso V, todos do ECA<sup>2</sup>, aplicáveis por analogia. Entendemos que o caso concreto deve ser avaliado e não deve ser negado ao adolescente o direito de ser ouvido na presença do magistrado e do promotor de Justiça, se este for seu desejo. Alguns adolescentes mostram-se frustrados por serem impedidos de exporem ao juiz sua versão dos fatos, especialmente porque muitas vítimas de abuso sexual são constantemente desacreditadas pelos agressores sexuais. Entretanto, de modo geral, acreditamos que a tomada de depoimento sem dano deve ser a mais indicada também para os adolescentes.

### 3.3 Interação entre os Órgãos Estatais

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos das crianças e adolescentes, nos termos do já mencionado artigo 227 da Constituição Federal. Na mesma esteira, o art. 4º do Estatuto da Criança

---

2 O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) afirma: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Art. 28 (...) § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: (...) V – direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente”.

e do Adolescente conclama a todos para a efetivação de tais direitos, *in verbis*:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Durante a vigência do Código de Menores<sup>3</sup>, havia certo isolacionismo entre os órgãos de defesa dos direitos da criança e do adolescente. Diversamente, o modelo de proteção aos infantes e jovens proposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente visa a uma rede de proteção articulada e integrada com a comunidade e a família.

Compõem a rede de proteção da criança e do adolescente, entre outros órgãos, as entidades de atendimento, os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, o Conselho Tutelar, a Polícia, a Defensoria Pública, o juiz da Infância e Juventude e o Ministério Público. Todos devem trabalhar de forma articulada, coordenada e integrada com a comunidade e as famílias das crianças e adolescentes. Se a família natural não tiver condições de permanecer com a criança, esta deve ser encaminhada com a devida urgência para fins de colocação em família substituta por meio de guarda, tutela ou adoção.

---

3 (BRASIL, 1979).

Dentre os integrantes da rede de proteção, merece destaque e algumas reflexões o papel a ser desempenhado pelo Ministério Público. A atuação do promotor de Justiça, conforme salientado, não deve ser meramente formal, nem se esgota na propositura de ações. Deve ser buscada a solução do problema da criança ou adolescente em situação de risco, acompanhando-se o caso. A atuação do promotor de Justiça de defesa da infância, por exemplo, não deve ficar limitada à competência da Vara da Infância; seu mister vai muito além.

Como importante órgão integrante da Rede de Proteção, o Ministério Público deve atuar de forma conjunta, por meio de um diálogo interno (entre as diversas Promotorias de Justiça) e externo (órgãos públicos e privados conveniados, comunidade e família).

A proteção da criança e do adolescente vítima de abuso sexual é, sim, um problema de todos.

### 3.4 O Combate aos Crimes Relacionados à Pedofilia

O combate aos crimes relacionados à pedofilia só será efetivo com a união de todos: família, sociedade e Estado.

Pais devem estar atentos às mudanças comportamentais das crianças e adolescentes, as quais podem estar relacionadas a alguma situação de abuso sexual. Porém, infelizmente, muitos abusadores são integrantes do núcleo familiar. Assim, vizinhos, professores e outros membros da família devem estar atentos a fim de denunciarem os casos de abuso sexual intrafamiliar. Nessa hipótese, incumbe à sociedade e especialmente ao Estado viabilizar uma alternativa de vida para a vítima, longe da situação de abuso.

Em pleno início de século XXI, numa época em que a informação caminha à velocidade da luz, se por um lado a internet e outros meios de comunicação unem exploradores de crianças e usuários de pornografia

infantil, por outro, cremos que os mesmos meios de comunicação, sobretudo a rede mundial de computadores, devem ser utilizados por aqueles que lutam em defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes. Campanhas de esclarecimentos como o disque-denúncia devem ser incentivadas, pois são responsáveis pelo aumento no número de casos levados ao conhecimento dos órgãos competentes.

Por fim, os órgãos estatais devem trabalhar de forma conjunta e articulada visando à punição e responsabilização dos criminosos. O Ministério Público, órgão com atribuição para propositura da ação penal pública, com a seriedade e coragem de seus membros tem realizado um trabalho promissor no combate aos crimes relacionados à pedofilia, utilizando-se de uma série de instrumentos legais, dentre os quais o próprio poder de investigação.

Após intenso debate doutrinário e jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, por meio de sua 2ª Turma, no julgamento do Habeas Corpus nº 89837-DF, reconheceu que o poder de investigar não é monopólio da atividade policial e que a Constituição Federal de 1988 conferiu poder investigatório ao Ministério Público. Assim, temos um importante instrumento a ser utilizado, sobretudo, na investigação de redes de pornografia infantil e exploração sexual de crianças e adolescentes.

O Ministério Público, porta-voz da sociedade, defensor do interesse público, tem na defesa intransigente da dignidade da criança e do adolescente uma de suas mais nobres missões. Punir os agressores sexuais de crianças e proteger suas vítimas significa plantar esperança para um futuro melhor.

## Considerações Finais

A pedofilia é um tema atual, de extrema gravidade e importância. E uma parte significativa da sociedade brasileira tem uma concepção equivocada sobre esse fenômeno. Compreender a pedofilia sob o olhar científico significa avançar em direção à proteção da criança e do adolescente vítimas de abuso sexual.

A pedofilia é uma doença de ordem neuropsíquica, caracterizada por um transtorno da preferência sexual por meninos e meninas pré-púberes. Qualquer pessoa pode ser um pedófilo, uma vez que não existe um perfil padrão para os portadores de pedofilia, mas, em geral, são pessoas introvertidas que possuem uma paciência acima da média com as crianças.

As vítimas do abuso sexual infanto-juvenil carregam na alma um profundo sofrimento. Algumas sofrem lesões, outras contraem doenças e gravidez, mas as principais sequelas do abuso sexual são de ordem psíquica e costumam perdurar durante a vida toda.

A maioria dos criminosos sexuais não é portadora de personalidade antissocial ou psicopática, ou seja, não possui doença mental, razão pela qual deve ser tratada pela Justiça como um grupo de criminosos comuns. No entanto, os portadores de pedofilia que praticam abuso sexual demandam um especial tratamento jurídico e médico. Isto porque a maioria dos pedófilos, apesar de compreender o caráter ilícito do fato, não consegue determinar-se de acordo com este entendimento, nos termos do art. 26 do Código Penal. Por outro lado, segundo os especialistas, a pedofilia é uma doença passível de tratamento. Para eles, a expressão “castração química” é utilizada de forma equivocada por aqueles que desconhecem a eficácia e seriedade do tratamento com a utilização de hormônios e outros medicamentos.

A palavra pedofilia expressa, pois, uma doença, e não um crime. No entanto, o pedófilo que põe em prática seus instintos comete crimes contra a dignidade sexual da criança, a exemplo do crime de estupro de vulnerável, tipo penal criado pela Lei nº 12.015/2009. A nova lei, apesar de atualizar disposições dos outrora denominados crimes contra os costumes, ensejou uma polêmica ao unir em um só tipo penal as condutas de estupro e atentado violento ao pudor. Em relação às condenações transitadas em julgado pelos crimes dos artigos 213 e 214 do Código Penal, em concurso material, surgiram duas correntes em sede doutrinária e jurisprudencial: a do tipo misto cumulativo e a do tipo misto alternativo com exasperação da pena. Segundo a primeira corrente, a qual defendemos, a prática em concurso material de mais de uma conduta enseja a soma das penas. Para a segunda corrente, esta mesma situação acarreta a aplicação de pena única, exasperada nos termos do art. 59 do Código Penal.

Com a Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente firmaram sua condição de sujeito de direitos, com prioridade absoluta de direitos e garantias fundamentais. Nesse trilho, adveio o Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabeleceu uma rede de proteção para esses seres humanos em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Como integrante desta rede, destaca-se o papel desempenhado pelo Ministério Público na proteção das crianças e jovens em situação de risco e no combate aos crimes relacionados à pedofilia. O órgão ministerial deve ter o compromisso de solucionar os problemas relacionados ao abuso sexual e buscar a justa reprimenda penal para os autores de crimes, utilizando-se de todos os instrumentos legais a seu dispor, numa atitude proativa e articulada com os demais órgãos estatais e com a comunidade.

A importante missão de proteger as crianças e adolescentes é do Estado, da família e da sociedade; ou seja, é de todos nós. Valer-se da pureza e inocência de uma criança para dela abusar sexualmente constitui uma das mais graves violações dos direitos humanos. É enorme o desafio de combater a pedofilia, mas é nobre e prioritária a missão de proteger nossas crianças e adolescentes. O futuro, o Brasil de amanhã, está nas mãos das crianças de hoje.

**Pedophilia: The Social and Juridical Aspects and Theirs Effects on the Role of Prosecution Office**

**Abstract:** The present work aims to study pedophilia in its social-juridical aspects, highlighting its impact on the role of Brazilian Prosecution Office. The sexual abuse of children and adolescents is seeing as a gross violation of human rights, while pedophilia is considered as being a disease, from the standpoint of medical science. With Law No 12.015/2009, the legal aspects related to pedophilia and sexual crimes are being addressed. Finally, this work analyzes the role played by the Brazilian Prosecution Office in fighting crime, defending the rights of children and adolescents and interacting with other agencies, mentioning innovative experiences.

**Keywords:** Pedophilia. Sexual abuse . Children. Adolescents. Prosecutions Office.

## Referências

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

AZEVEDO, M. A.; GUERRA, V. N. A. (Org.). *Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder: violência física e sexual contra crianças e adolescentes*. 2. ed. São Paulo: Iglu, 2007.

\_\_\_\_\_. *Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

BALTIERI, Danilo Antônio; ANDRADE, Arthur Guerra. Treatment of paraphilic sexual offenders in Brazil: issues and controversies. *International Journal of Forensic Mental Health*, p. 218-233, 2009.

BEZERRA FILHO, Aluizio. *Crimes Sexuais: anotados e comentados*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Lei nº 6.697, de 25 de setembro de 1979. Institui o Código de Menores. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 out. 1979.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Centro de Referência para Proteção Integral da Criança e do Adolescente em Situação de Violência Sexual. *Qual o papel do Centro de Referência para Proteção Integral da Criança e do Adolescente em Situação de Violência Sexual (CEREVS) da 1ª Vara da Infância e Juventude do DF?* Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/trib/vij/vij\\_violenciaSexual.asp](http://www.tjdft.jus.br/trib/vij/vij_violenciaSexual.asp)>. Acesso em: 27 fev. 2011.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Da Pedofilia: aspectos psicanalíticos, jurídicos e sociais do perverso sexual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FONSECA, Ana Cláudia. Santos no tempo certo. *Veja*, São Paulo, p. 102-103, 20 out. 2010. Religião.

GONTIJO, Jaqueline Ferreira. *Ministério Público: controle social e orçamento: criança e adolescente*. 2008. 71 f. Monografia (Especialização) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <[http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/jaqueline\\_gontijo.pdf](http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/jaqueline_gontijo.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2011.

GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade: sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2270, 18 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13530>>. Acesso em: 6 fev. 2011.

LEITE, Larissa. No topo da degradação. *Correio Brasiliense*, Brasília, p. 11, 28 jul. 2010.

MACHADO, Marta Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos. Barueri: Manole, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUADROS, Pedro Oto de. Pode o Judiciário autorizar a pedofilia? In: BASTOS, E. F.; ASSIS, A. C.; SANTOS, M. M. S. (Org.). *Família e Jurisdição III*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RANGEL, Patrícia Calmon. *Abuso sexual intrafamiliar recorrente*. Curitiba: Juruá, 2001.

RAVAZZOLA, María Cristina. *Historias infames: los maltratos en las relaciones*. Buenos Aires: Paidós, 1999.

SANCHES, Rogério; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à convenção de Viena sobre o direito dos tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARTORIUS, A. et al. *Perfil psicossocial del pedófilo*, 2008. Disponível em: <<http://www.abc.com.py/nota/perfil-sicosocial-del-pedofilo/>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

VIEIRA JÚNIOR, A. Considerações sobre o tratamento dos criminosos sexuais. In: SERAFIM, A. P.; BARROS, D. M.; RIGONATTI, S. P. (Org.). *Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica II*. São Paulo: Vetor, 2006.

---

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

GOMES, Daniella Virgínia. Pedofilia: aspectos sociojurídicos e seus reflexos na atuação do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 5, p. 169-204, 2011. Anual.

---

**Submissão:** 30/07/2011

**Aceite:** 14/10/2011

---

# Proporcionalidade e Direito Penal: por uma Interpretação Constitucionalmente Adequada da Hipótese de Concurso de Crimes de Estupro

**Ericson dos Santos Cerqueira**

Promotor de Justiça adjunto 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 Lei nº 12.015/09 trouxe nova conformação legal aos que antes se denominavam “Crimes contra os Costumes”, passando a chamá-los “Crimes contra a Dignidade Sexual”. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram unificados em um único tipo penal, art. 213, sob a denominação somente de Estupro. A partir disto, passou-se a questionar doutrinária e jurisprudencialmente qual a natureza do novo tipo penal, se misto alternativo ou misto cumulativo, e, se misto cumulativo, que concurso de crimes opera quando há prática no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima de atos de conjunção carnal e outros atos libidinosos, ou seja, concurso material, concurso formal de crimes ou, ainda, crime continuado. Sob tal conformação, e dotando-a de um crivo constitucional, o princípio da proporcionalidade é explorado sob a vertente da proibição da proteção penal insuficiente, já que é indubitável que a Constituição impõe um dever de proteção ao bem jurídico liberdade sexual, concluindo-se que, uma interpretação de que ocorre crime único na hipótese levantada vai de encontro à teoria dos tipos mistos e também ao princípio da proporcionalidade, ocorrendo hipótese de inconstitucionalidade por proteção penal deficiente.

**Palavras-chave:** Estupro. Dignidade sexual. Concurso de crimes. Proporcionalidade.

**Sumário:** Introdução. 1 Proporcionalidade e Direito Penal. 1.1 Proporcionalidade e Deveres de Proteção. 1.2 Proporcionalidade e Proibição de Proteção Deficiente. 2 Tipicidade do Concurso de Crimes. 2.1 Concurso Material. 2.2 Concurso Formal. 2.3 Crime Continuado. 3 A Lei 12.015/09 e o Novo Artigo 213 do Código Penal. 4 Concurso de Crimes no Caso de Cometimento de Atos Conjunção Carnal e Outros Libidinosos Diversos da Conjunção Carnal no Mesmo Contexto Fático: (Im) Possibilidade? Conclusão. Bibliografia.

## Introdução

Com a edição da Lei nº 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, antes tipificados em artigos diversos, passaram a ser regulados em único tipo penal, sob a rubrica do Estupro.

A partir da citada lei, uma discussão que parecia resolvida tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente veio novamente à tona, sobretudo após algumas decisões jurisprudenciais: estabelece-se concurso de crimes no caso de cometimento de atos de conjunção carnal e diversos atos libidinosos no mesmo contexto fático? Se sim, que tipo de concurso de crimes: concurso material, formal ou crime continuado?

Notadamente, o que se evidenciou na jurisprudência foi uma tendência em se reconhecer que, se praticados no mesmo contexto fático, deveriam ser tidas várias violações da mulher como crime único, pois o tipo do artigo 213 do Código Penal seria de tipo misto alternativo. A partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, passou-se a entender que, quando praticados atos diversos da conjunção carnal e esta efetivamente, no mesmo contexto fático, o que se teria é crime único, não havendo mais se falar em concurso de crimes.

É de ser ver que:

[...] ameaça-se, contudo, uma interpretação que os [respeito à dignidade da pessoa humana, de combate à pedofilia e violência sexual em especial] nega e prestigia a violência sexual, a dignidade da criança e da mulher especialmente e, mais que tudo, afronta o bom senso e o princípio do respeito à proporcionalidade e preventividade do Direito Penal. (GRECO FILHO, 2010?).

Denota-se, noutro sentido, que se carece até o momento de uma qualificação constitucional do tema, mormente sob o crivo do princípio da proporcionalidade.

O que se pretende, com o presente artigo, é trazer à tona duas vertentes, muitas vezes olvidadas, de tal princípio, quais sejam, proibição de excesso e proibição de proteção deficiente e, partir disto, filtrar aquela interpretação sob o aspecto de sua (in)constitucionalidade.

A análise do tema tem passado ao largo da discussão constitucional, pois o que se verifica é que a proporcionalidade, nada obstante o consenso jurídico da vinculação do legislador e do aplicador da norma, é pouco ou quase nunca aplicada casuisticamente na seara penal. A partir disto, buscar-se-á fundamentar a possibilidade do reconhecimento do concurso de crimes no princípio da proporcionalidade, sob a ótica da proibição da proteção penal deficiente.

No primeiro capítulo, desenvolver-se-á a análise do princípio da proporcionalidade e suas relações com o direito penal, dissecando-o em deveres de proteção impostos pela Constituição, em proibição de excesso e proibição de proteção deficiente.

No segundo capítulo, as várias possibilidades legais do concurso de crimes, a saber, o concurso material, o concurso formal e o crime continuado.

No terceiro, a alteração legislativa empreendida pela Lei nº 12.015/09, nos artigos 213 e 214, é referida, bem como se analisará em que constitui o novo artigo 213 a partir da teoria dos tipos mistos.

No quarto e último capítulo, coteja-se a interpretação empreendida pelos STF e STJ acerca da ocorrência de crime único na hipótese citada com o princípio da proporcionalidade na vertente de proibição de proteção penal insuficiente e com a teoria dos tipos mistos.

Por fim, esclarece-se que é comum na doutrina, ao tratar do tema, diferenciá-lo do concurso de pessoas e, principalmente, do concurso aparente de normas. Contudo, aqui não se fará a análise de tais temas.

## 1 Proporcionalidade e Direito Penal

No último século, a partir do segundo pós-guerra, os estudos acerca do princípio da proporcionalidade<sup>1</sup> tiveram um grande impulso, sobretudo a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão:

O segundo pós-guerra foi determinante para a evolução da idéia de proporcionalidade, já que existiram consideráveis modificações na concepção das garantias fundamentais. Nesse contexto histórico, o avanço da proporcionalidade coincide com um novo paradigma, o de eficácia dos princípios constitucionais. Desse modo, o princípio da proporcionalidade vincula os poderes estatais a agir conforme a Constituição. (STRECK, 2009, p. 64-65).

Os estudos da teoria constitucional sobre o princípio da proporcionalidade se desenvolveram, sobretudo, com as três submáximas (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e, mais recentemente, em duas visões, não antagônicas nem excludentes, que se pode ter do princípio, a saber, o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente.

Na seara penal, no entanto, carece-se de um crivo constitucional do tema, já que é possível fazer-se controle de constitucionalidade de normas (e jurisprudência) penal a partir da proibição de proteção deficiente imposta pelo princípio da proporcionalidade, pois, segundo Streck (2005), não há, “qualquer blindagem que “proteja” a norma penal do controle de constitucionalidade” (STRECK, 2005, p. 177).

Que o princípio (ou postulado) da proporcionalidade ostenta sede constitucional em nosso sistema, não mais se discute. O STF mesmo já

---

1 As relações entre o princípio da proporcionalidade e o Direito Penal transbordam, em muito, os objetivos do presente trabalho. Somente se tratará do princípio da proporcionalidade, com o fim de introduzir o estudo a respeito da proibição de proteção deficiente, não se olvidando, contudo, que a visão mais difundida, e para alguns a única, do princípio da proporcionalidade seja a proteção de excesso.

teve várias oportunidades de se pronunciar neste sentido, extraíndo-o da cláusula do devido processo legal (ADINs nº 958, 1158, 2667).

### 1.1 Proporcionalidade e Deveres de Proteção

Os penalistas já convivem com a vinculação de todos os ramos do Direito à Constituição e, também, a submissão do Direito Penal aos ditames da proporcionalidade, e já internalizaram no Direito Penal, há muito tal visão. E assim deve ser, pois:

[...] a Constituição figura como um *quadro referencial obrigatório* da atividade punitiva, contendo as decisões valorativas fundamentais para a elaboração de um conceito de bem jurídico *prévio* à legislação penal e ao mesmo tempo *obrigatório* para ela. (FELDENS, 2008, p. 30).

Tais valores fundamentais, contudo, impõem que:

[...] a relação entre bens jurídicos constitucionais e penais não haverá de ser necessariamente de coincidência, ou de recíproca cobertura, mas de *coerência, interação* ou efeito recíproco, o que conduz a uma necessária interpretação (teorização) do Direito Penal conforme a Constituição. (FELDENS, 2008, p. 30).

Sobressai óbvio dizer que o Direito Penal deve ser teorizado conforme a Constituição, ou seja, o Direito Penal deve lido a partir de uma filtragem constitucional, pois o que está:

[...] em causa não está outra coisa senão a necessária e já referida *filtragem constitucional* também do direito penal e processual penal e que implica uma leitura constitucionalmente adequada de todos os institutos jurídico-penais, inclusive a coerente aplicação do princípio da proporcionalidade e das suas diversas manifestações. (SARLET, 2005, p. 127-128).

Para além disto, pode-se questionar como se dá a interação entre a Constituição e o Direito Penal. Luciano Feldens (2008) afirma que tal relação pode ser de três ordens, uma impositiva de intervenção penal, outra de possibilidade de intervenção penal, e, por último, uma proibitiva da intervenção penal:

A Constituição e o Direito Penal compartilham uma relação axiológico-normativa a partir da qual se podem deduzir três níveis de interação: a) a intervenção penal constitucionalmente *proibida*; b) a intervenção penal constitucionalmente *possível* e; c) a intervenção penal constitucionalmente *obrigatória*. (FELDENS, 2008, p. 29).

É relativamente à intervenção penal constitucionalmente obrigatória que se pode falar em deveres de proteção impostos ao legislador constitucional. Tais deveres de proteção:

[...] apresentam-se como a versão atual da contraprestação imputada ao – e assumida pelo – Estado em decorrência de um hipotético pacto de sujeição a que aderem os homens no precípua desiderato de resguardarem sua liberdade e segurança no convívio social. [...] Na síntese de Alexy, a renúncia ao direito a uma efetiva autoproteção condicionada pela transição da situação pré-estatal à situação estatal apenas se justificaria racionalmente se o indivíduo, em troca desta renúncia, obtivesse uma efetiva proteção do Estado. (FELDENS, 2008, p. 74).

A partir dos deveres de tutela é que se legitima a intervenção estatal nos direitos fundamentais, passando o Estado, de potencial violador das garantias fundamentais, a protetor e fomentador destas garantias. E daí advém a relevância e a legitimidade do direito penal:

No plano do direito penal (e isto vale tanto para o direito penal material, quanto para o processo penal) resulta inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado

nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. (SARLET, 2005, p. 131).

Diante disto e para além dos direitos fundamentais contra o Estado, ou seja, como mandamentos de proteção do indivíduo em face das arbitrariedades estatais, deve-se falar também no Estado como guardião dos direitos fundamentais, a partir da ascensão de duas doutrinas estreitamente vinculadas: “(a) a da *eficácia dos direitos fundamentais entre particulares* e (b) a dos *deveres de proteção*, expressão da atribuição aos direitos fundamentais da função de imperativo de tutela.” (FELDENS, 2008, p. 75).

O dever de proteção do Estado deve ser o mais abrangente possível, conforme já firmou o Tribunal Constitucional alemão:

Ele não só proíbe – evidentemente – intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora dessa vida, isto é, antes de tudo protegê-la de intervenções ilícitas de terceiros.” (FELDENS, 2008, p. 76).

E Canaris enuncia os critérios para se reconhecer, dentro do texto constitucional, um dever de proteção:

a) incidência da hipótese normativa (tipicidade) de um direito fundamental; b) ilicitude do ataque e dependência de proteção: a função de imperativo de tutela está materialmente vocacionada a dissuadir uma agressão ilícita a um direito fundamental; c) necessidade de proteção decorrente da dinâmica equação entre os critérios de hierarquia do bem jurídico atingido e a intensidade da ameaça. (CANARIS *apud* FELDENS, 2008, p. 77-79).

A partir destas posições que o Estado tem e deve ter face aos direitos fundamentais, pode-se falar em deveres de defesa e deveres de prestação de direitos fundamentais. Especificamente acerca do princípio da proporcionalidade, os deveres de defesa identificam-se com a proibição de excesso das intervenções estatais, enquanto os deveres de prestação, com a proibição de proteção deficiente:

Segundo Gloria Mesa, devemos diferenciar a estrutura argumentativa do princípio da proporcionalidade, enquanto empregado para o controle de intervenção aos direitos fundamentais, a partir de duas vertentes: de defesa ou de prestação. A primeira, de acordo com a orientação clássica de proibição de excesso (*Übermassverbot*), a segunda, identificando-se com a proibição de infraproteção (*Untermassverbot*). (STRECK, 2009, p. 73-74).

## 1.2 Proporcionalidade e Proibição de Proteção Deficiente

Tradicionalmente, o princípio da proporcionalidade foi identificado com a proibição de excesso, protegendo o indivíduo das arbitrariedades estatais, pois o Estado era o mais poderoso e potencial violador dos direitos fundamentais (STRECK, 2009, p. 88).

Hoje, todavia, a proibição de excesso é vislumbrada somente como uma das facetas do princípio, a partir das máximas da proporcionalidade, vinculadas à tradicional aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso. Aplicando-se ao Direito penal, tem-se que:

Sua formulação mais conhecida, oriunda das decisões da dogmática alemã, é a concepção ampla, que divide o princípio da proporcionalidade em três subdivisões: o da *adequação/idoneidade*, responsável por verificar se a medida limitadora é um meio apto a alcançar o fim necessário; o da *necessidade*, que busca estabelecer a medida penal mais benigna e idônea para alcançar o fim buscado pela intervenção; o da *proporcionalidade em sentido estrito*, que indicará se a medida adotada gera mais benefícios que prejuízos, levando em conta o conjunto de direitos e bens colocados em jogo, de modo a verificar, por um lado, a intensidade da restrição a um direito fundamental e, em oposição,

o nível de satisfação na realização de outro direito fundamental (que acaba restringindo a aplicação do primeiro). (STRECK, 2009, p. 68).

A outra faceta visível do princípio da proporcionalidade é a proibição de proteção deficiente, contudo, ainda sem uma elaboração doutrinária tão robusta quando a da proibição de excesso, isto é, “verifica-se atualmente uma quase ausência de elaboração dogmática acerca do princípio da proibição de proteção deficiente, quando comparado com a doutrina a respeito da proibição de excesso” (STRECK, 2009, p. 104; SARLET, 2005, p. 135).

Tal qual se pode falar de um garantismo negativo, a impor o respeito a todos os direitos e garantias individuais, também se deve falar em um garantismo positivo, a impor ao Estado a tutela daqueles direitos e garantias, prestando-os de forma positiva. Ao direito penal (e processual penal) é imposto o respeito à proporcionalidade em suas duas vertentes, proibição de excesso e de proteção deficiente:

Não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro há a proibição de proteção deficiente (*Üntermassverbot*). Ou seja, *o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso.* (STRECK, 2005, p. 176).

### Nas palavras de Alessandro Barata:

Ampliar la perspectiva del derecho penal de La Constitución en la perspectiva de una política integral de protección de los derechos, significa también definir el garantismo no solamente no sentido negativo, como limite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino también y sobre todo, como garantismo positivo. Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos; también, de los de prestación por

parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y no sólo de aquella pequeña, pero importante parte de ellos, que podríamos denominar de *derechos de prestación de protección*, en particular contra agresiones provenientes de comportamientos delictuosos de determinadas personas. (BARATA *apud* STRECK, 2009, p. 92).

Significa dizer que o Estado não somente deve agir pautado por uma proporcionalidade que proíbe os excessos, ou seja, verificando se suas ações sobrevivem ao crivo da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Também significa impor ao Estado a proibição de ficar aquém da proporcionalidade, prestando efetivamente direitos fundamentais e protegendo-os de violações de outras pessoas ou, em outras palavras:

Estamos falando, então, nas palavras de Dieter Grimm, da proibição de ‘ir longe demais’ (*Übermassverbot*), em contraponto com a proibição de ‘fazer muito pouco’ (*Untermassverbot*), ambos mecanismos semelhantes, porém, vistos de ângulos diferentes. (STRECK, 2009, p. 92).

A partir dos deveres de tutela impostos pela Constituição é que se podem extrair os espaços de conformação legislativa impostos ao legislador, expressamente, a proibição de proteção deficiente, sem se olvidar que a Constituição impõe também deveres de tutela implícitos.

No âmbito penal isto é muito evidente, pois se a Constituição impõe o dever de proteção de determinado bem jurídico, ao legislador cabe tutelá-lo nos estritos lindes da proporcionalidade, sem excessos ou deficiências, sem frustrar as expectativas constitucionais:

O Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que –

como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). (SARLET, 2005, p. 132).

O manejo da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente é mais problemática na prática que a proibição de excesso. O arsenal que é posto em favor do legislador a fim atuar em prol de proteger suficientemente determinado direito fundamental é maior e deve ser feito anteriormente à produção da medida, enquanto na proibição de excesso avalia-se a medida estatal concretamente implementada:

Diversamente do que sucede com a proibição de intervenção (excessiva), a função de imperativo de tutela pressupõe uma deliberação sobre o “se” e o “como” da proteção, circunstância que torna sua operacionalização mais difícil em relação àquela. Observe-se que: enquanto na proibição de intervenção excessiva a legitimidade de ação estatal é questionada em face de uma medida específica (precisamente aquela que foi adotada), na hipótese de um imperativo de tutela a justificação há de estabelecer-se em face de um arsenal de medidas de possível adoção à proteção do direito fundamental (civis, administrativas, penais etc.). (FELDENS, 2008, p. 90).

Canaris, novamente, dá o caminho a ser percorrido a fim de implementar uma proteção suficiente e adequada constitucionalmente:

[...] tratam-se de dois percursos argumentativos diferenciáveis: (a) primeiramente, devemos verificar se existe um dever de proteção (imperativo de tutela); (b) depois, em que termos deve ser realizado este dever pelo direito infraconstitucional sem descer aquém do mínimo de proteção jurídico-constitucional exigido. (CANARIS *apud* FELDENS, 2008, p. 77-79).

O Supremo Tribunal Federal já se utilizou, pelo menos em três oportunidades, da fundamentação na proibição da proteção insuficiente,

podendo-se exemplificar com os RE nº 418.376 e as ADIN's nº 3112 e nº 3510.

## 2 Tipicidade do Concurso de Crimes

No Código Penal, o concurso de crimes vem regulado nos artigos 69, 70 e 71, que tratam, respectivamente, do concurso material, concurso formal e crime continuado.

De início, cabe destacar que as regras de concurso de crimes existem em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI), bem como tais regras são decorrência lógica do princípio do *ne bis in idem*, pois ao se analisar a pluralidade de crimes o que se tem em vista é, justamente, determinar para cada crime uma pena e que alguém somente será punido uma única vez pelo mesmo crime.

Antes, contudo, de adentrar especificamente no tema, deve-se questionar quando é que se pode falar em pluralidade de crimes. Neste sentido, deve-se buscar o conceito de ação, pois somente pode-se falar em crime quando se tem uma ação.

O conceito de ação adotado é dado pela teoria finalista, em que ação é conceituada como conduta humana consciente e voluntária dirigida a uma finalidade. Assim, seguindo-se esquema apresentado por Béze (2001, p. 31), tem-se:

- a) uma conduta consistindo em um ato (entendido como manifestação de movimento): hipótese dos crimes unissubsistentes;
- b) uma conduta consistindo em mais de um ato: crimes plurissubsistentes;
- c) mais de uma conduta consistindo igualmente em mais de um ato: hipótese em que pode haver apenas um crime ou mais de um crime, a depender da situação fática.

E explica a citada autora:

Para determinar a quantidade de crimes existentes, deve-se observar a quantidade de violações atingidas com a conduta. Assim, dependendo do tipo penal, esta pode gerar várias violações que compõem o mesmo tipo e, por isto, constituir um único crime; ou a conduta pode gerar várias violações que não se incluem num mesmo tipo e, então, haver pluralidade de crimes. [...] É possível haver unidade de conduta e unidade de violação [de bens jurídicos], e, neste caso, haverá um único crime. Pode ocorrer também pluralidade de condutas e pluralidade de violações, hipótese em que haverá concurso de crimes. Se houver unidade de conduta e pluralidade de violações, existirá, da mesma forma, o concurso de crimes. Por fim, havendo pluralidade de condutas e unidade de violação, temos a hipótese de concurso aparente de normas. (BÉZE, 2001, p. 32-33).

Pode-se evidenciar quatro critérios para solução do concurso de crimes, ou seja, quatro abordagens legislativas a respeito:

a) *cúmulo material*: há soma aritmética das penas, após a individualização da pena para cada um dos crimes. é o critério adotado para o concurso material e para o concurso formal impróprio;

b) *exasperação*: não há soma, tampouco desprezo de umas pelas outras. Incide uma das penas, com certa majoração. é o critério adotado para o concurso formal próprio e a continuidade delitiva;

c) *cúmulo jurídico*: aplica-se a pena por um *cúmulo jurídico legal* diverso do material. não é adotado no sistema brasileiro;

d) *absorção*: as penas dos crimes mais graves absorvem as dos menos graves. é o mais falho dos critérios, pois gera impunidade de todas as infrações tidas como menos graves em face uma mais grave. (HIRECHE, 2006, p. 120).

Ainda, somente há se falar em concurso de entre dois ou mais *crimes*. O concurso entre crime e contravenção se resolve aplicando-se as regras do concurso aparente de normas, mormente, com a aplicação do princípio da consunção.

## 2.1 Concurso Material

O concurso material de crimes é regulado no art. 69 e parágrafos do Código Penal:

Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º. Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º. Quando forem aplicadas penas restritivas de direito, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

As maiores discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema giram em torno do concurso formal (art. 70 e seu parágrafo do Código Penal) e do crime continuado (art. 71 do CP), não havendo maiores digressões acerca do concurso material, pois, uma vez definido que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, praticou mais de um crime, e não sendo hipótese de crime continuado, as penas devem ser somadas (art. 69 do CP).

Tal hipótese de concurso de crimes pode ser de duas espécies: a) concurso material homogêneo – há a prática, mais de uma vez, do mesmo delito; ou b) concurso material heterogêneo – se pratica mais de um crime diverso.

Lembre-se, por oportuno, que, para as penas de multa, por expressa disposição do artigo 72 do Código Penal, sempre se dá a soma delas.

## 2.2 Concurso Formal

Dispõe o art. 70 do Código Penal:

Art. 70. Quando o agente, mediante um só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único. Não poderá a pena exceder o que seria cabível pela regra do artigo 69 deste Código.

Da simples leitura do dispositivo legal, depreende-se que consubstancia uma causa de aumento de pena.

Discute-se, na doutrina, qual o fundamento para tal disposição, existindo desde argumentos de cunho dogmático (o agente pratica somente uma ação, não podendo ter suas penas somadas quando a reprovabilidade da conduta é menor que quando pratica duas ou mais ações) até mesmo aquelas de cunho político-criminal (evitar que seja imposta uma pena exacerbada).

Béze (2001) afirma que, no concurso formal perfeito, a exasperação tem bases na existência de uma única conduta com uma só finalidade, mas aumentando-se, por ocorrerem dois ou mais crimes, mas informando o posicionamento de Capez, para quem o fundamento é apenas de política criminal, a se evitar a imposição da soma das penas dos crimes (BÉZE, 2001, p. 77).

Analisando o concurso formal, pode se falar em um concurso formal homogêneo, quando também ocorrem dois ou mais do mesmo crime, e em um concurso formal heterogêneo, quando diversos os delitos.

Também se tem o concurso formal próprio – quando há desígnio ou vontade único – e concurso formal impróprio – ocorrência de desígnios autônomos.

Quanto às teorias sobre os requisitos exigidos legalmente para a ocorrência do concurso formal, tem-se:

a) teoria objetiva: somente são exigidos requisitos objetivos para a configuração, ou seja, unidade de comportamento juntamente com pluralidade de crimes;

b) teoria subjetiva: para além da unidade de comportamento e pluralidade de resultados, também é exigida a unidade de desígnios.

A parte final do artigo 70 do CP impõe a aplicação da regra do cúmulo material, nada obstante a prática de somente uma ação ou omissão, pois o agente, nesta hipótese, age com desígnios autônomos. Desígnio, neste contexto – e também na expressão do artigo 71 - é diferente do conceito de dolo, até mesmo porque se admite concurso formal entre crimes culposos. Desígnio, aqui, deve ser entendido como fim almejado.

A justificativa do maior rigor no concurso formal com desígnios autônomos é que “objetivamente tivesse havido uma só conduta, subjetivamente o agente agiu com vontade dirigida aos crimes que cometeu”, havendo, por isto, cúmulo material (BÉZE, 2001, p. 88). Observe-se, contudo, que tal cumulação material somente é possível se houver concurso de crimes dolosos. Já a primeira parte do art. 70 do CP pode se dar entre crimes culposos ou entre crime doloso e crime culposo, porque a finalidade do agente é única. (BÉZE, 2001, p 94)

### 2.3 Crime Continuado

Regula o art. 71 do CP o crime continuado:

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe

a pena de um só dos crimes, se idênticos, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Como notícia histórica, o crime continuado foi introduzido no Brasil no art. 39 do Decreto-Lei 4780, de 27/12/1923 (BÉZE, 2001, p. 57).

Discute-se qual seria a natureza jurídica do crime continuado, se uma ficção jurídica (posição de Carrara) ou se uma realidade jurídica. No presente estudo, adotar-se-á o primeiro posicionamento.

O Código Penal de 1940, art. 51, não exigia unidade de desígnio para o crime continuado, adotando-se a teoria objetiva, conforme se vê na exposição de motivos, item 27. A novidade que a reforma da parte geral de 1984 trouxe ao sistema foi permitir o crime continuado para crimes dolosos contra cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, ainda que contra vítimas diferentes.

É certo, ainda, que a exasperação da pena não visa beneficiar o agente que vive da prática criminosa, fazendo-a um estilo de vida:

O fundamento da exasperação da pena não visa com certeza, beneficiar o agente que, reiteradamente, pratica crimes parecidos entre si, como o estelionatário, que vive da prática de “golpes”. Fundamentando-se no critério da menor periculosidade, da benignidade ou da utilidade prática, a razão de ser do instituto do crime continuado não se coaduna com a aplicação do benefício da exasperação da pena para aquele agente mais perigoso, que faz do crime profissão e vive deliberadamente à margem da lei. (BÉZE, 2001, p.155).

Quanto às teorias do crime continuado, a primeira delas é a teoria subjetiva, a qual afirma que, para determinação da continuidade delitiva, somente é necessária a convergência do elemento subjetivo, ou seja, unidade de desígnio. Tal era a teoria adotada pelo Código Penal de 1890:

O requisito subjetivo significa que para que possa vir a ser reconhecido o crime continuado é necessário que o agente pretenda ter uma unidade subjetiva, ou seja, que saiba, conheça e queira agir dentro de um plano inicial que englobe todos os delitos que por isto devem ser considerados um só na aplicação da pena (BÉZE, 2001, p. 128).

A crítica que se faz cinge-se às dificuldades práticas de se provar tal elemento subjetivo (BÉZE, 2001, p. 124).

Existe ainda a teoria objetiva, que leva em conta somente elementos objetivos para configuração do crime continuado, quais sejam, pluralidade de condutas e de resultados e crimes praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução.

Se para a grande maioria da doutrina foi a teoria adotada pelo CP no art. 71 e explicitado na exposição de motivos do CP (assim, plenamente cabível para os crimes culposos), todavia, para “a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores brasileiros exige a necessidade de existência desse elemento [subjetivo] para que se possa reconhecer o crime continuado, havendo poucas decisões em contrário” (BÉZE, 2001, p. 133), conforme se colaciona:

HC 101049/RS. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 04/05/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-091, divulg. 20-05-2010, public. 21-05-2010. Ementa: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME CONTINUADO. NECESSIDADE DE PRESENÇA DOS ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. REITERAÇÃO HABITUAL. DESCARACTERIZAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Para a caracterização do crime continuado faz-se necessária a presença tanto dos elementos objetivos quanto subjetivos.

[...] 4. Habeas corpus denegado.

RHC 85577/RJ. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 16/08/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ02-09-2005 PP-00047. Ementa: HABEAS CORPUS. CRIME CONTINUADO. CARACTERIZAÇÃO. 1. A continuidade delitiva (CP, art. 71) não pode prescindir dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução) e subjetivo (unidade de desígnios). [...] 3. RHC improvido.

HABEAS CORPUS. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS, HOMICÍDIOS QUALIFICADOS E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA TOTAL: 55 ANOS, 7 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PENAS-BASES FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (ANTECEDENTES, MÁ PERSONALIDADE, CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DOS DELITOS, QUE DEIXOU 2 POLICIAIS MORTOS. CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CPB). AUSÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS ENTRE AS AÇÕES PERPETRADAS. REITERAÇÃO CRIMINOSA. RECONHECIMENTO QUE DEMANDARIA AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

[...]

3. A continuidade delitiva, segundo posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, é uma ficção jurídica, de sorte que, não obstante a pluralidade de crimes, considera-se a existência de um só, conforme o preenchimento dos requisitos objetivos (delitos da mesma espécie, condições de tempo, lugar e modo de execução semelhantes) e subjetivos (unidade de desígnios). 4 Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC 142.384/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 13/09/2010, grifo nosso)

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBOS EM CONCURSO MATERIAL E FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DE LIMINAR

PREJUDICADO. 1. “Esta Corte vem aplicando a teoria objetivo-subjetiva, na qual a aplicação do ‘crime continuado’ depende tanto dos elementos objetivos – condições de tempo, lugar, modo de execução etc –, como dos subjetivos – unidade de desígnios” (HC 38.016/SP). [...] (HC 140.927/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010, grifo nosso).

Deve-se falar ainda numa terceira teoria, qual seja, teoria objetivo-subjetiva, em que se conjuga a análise de elementos externos ao crime conjuntamente com elemento subjetivo de programação inicial da prática delituosa em continuidade, com unidade de resolução. Hungria criticava tal teoria em razão de premiar aquele que, já inicialmente, se programava para a premeditadamente praticar vários crimes, tendo uma culpabilidade exacerbada (BÉZE, 2001, p. 125).

Da disposição do art. 71, extraem-se os elementos do crime continuado, quais sejam: a) mais de uma ação ou omissão; b) crimes da mesma espécie; c) circunstância de tempo; d) circunstancia de lugar; e) circunstância de modo.

*Mais de uma ação ou omissão.* É pressuposto do crime continuado a existência de mais de uma ação ou omissa. Do contrário, o que se teria é hipótese de concurso formal.

*Crimes da mesma espécie.* Aqui a questão é tormentosa. Para uns, crimes da mesma espécie são aqueles tipificados no mesmo tipo penal, enquanto para outros, são os que atingem idênticos bens jurídicos:

Aqui está uma das maiores problemáticas do crime continuado: definir o que são crimes da mesma espécie. Parte da doutrina defende que crimes da mesma espécie são os previstos necessariamente no mesmo tipo penal, podendo, porém, haver continuidade delitiva entre o tipo simples e os derivados (qualificado e privilegiado). Não aceitamos tal tese, que na verdade confunde “crimes da mesma espécie” com crimes idênticos. [...] Crimes da mesma espécie não são necessariamente previstos no mesmo tipo. São aqueles que, em verdade, lesionam bens

semelhantes com condutas similares. [...] No STF, porém, prevalece a tese de que crime continuado só pode haver se a previsão for do mesmo tipo penal. (HIRECHE, 2006, p. 128).

E sobressai que a confusão foi causada pelo legislador, pois:

[...] no concurso material e no concurso formal – utilizou a expressão “crimes idênticos” e, no crime continuado, faz referência a “crimes da mesma espécie”. Logo tais expressões têm o mesmo significado? Sendo sinônimos, teria o legislador tratado do mesmo caso com fórmulas diferentes? (BÉZE, 2001, p. 144).

Béze (2001) referencia que, na jurisprudência, predomina o entendimento de que crimes da mesma espécie são crimes idênticos, inclusive citando a impossibilidade de continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor (BÉZE, 2001, p. 146).

*Circunstância de tempo.* Não existem critérios rígidos para se determinar o que seriam iguais circunstâncias de tempo. Contudo, vislumbra-se tendência doutrinária e jurisprudencial a considerar o prazo máximo de cometimento entre os crimes não superior a trinta dias. (HIRECHE, 2006, p. 128)

*Circunstância de lugar.* Tal qual na circunstância de tempo, não existem critérios rígidos, também fica a depender do caso concreto, mas com leve consenso no sentido de os atos deverem ser praticados na mesma cidade. (HIRECHE, 2006, p. 128)

*Maneira de execução.* Deve haver semelhança de *modus operandi*.

Por fim, quando se trata de bens personalíssimos (vida, saúde, dignidade sexual etc), a doutrina controverte-se acerca da possibilidade de se poder reconhecer o crime continuado:

A doutrina está dividida basicamente em três posicionamentos: alguns não admitindo em hipótese alguma a continuidade delitiva quando o bem jurídico ofendido é personalíssimo; outros admitindo nesses

casos, quando há unidade de sujeito passivo; e, finalmente aqueles que admitem o crime continuado quando os crimes que o compõem atingem qualquer espécie de bem jurídico. (BÉZE, 2001, p. 136).

A primeira posição deu ensejo à edição da Súmula do Supremo Tribunal Federal nº 605, mas com a reforma e a inclusão do parágrafo único ao art. 71, tal posicionamento teve de ser refeito, para se admitir a continuidade delitiva e somente para o caso de crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça e contra vítimas diferentes.

### **3 A Lei 12.015/09 e o Novo Artigo 213 do Código Penal**

O Código Penal, em sua redação original, normatizava, em seu Título VI, os ditos *Crimes contra os Costumes*. Esta denominação do título evidenciava uma cultura jurídica do início do século XX, preocupada com uma vinculação da proteção jurídica aos padrões morais da época.

No final do ano de 2009, editou-se a Lei 12.015, a qual passou a denominar o Título VI de “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”.

Denota-se, nada obstante somente uma alteração textual, uma maior convergência do texto do Código com os ditames da Constituição, pois o que se quer proteger, ou o bem jurídico tutelado pela norma penal, é a dignidade da pessoa humana em sua expressão de liberdade sexual, e não os costumes vigentes.

Das várias alterações promovidas por aquela Lei, a que interessa na presente pesquisa é a promovida nos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, ou, mais precisamente, nos artigos 213 e 214 do Código Penal.

A Lei 12.015/09 revogou o texto o artigo 214 do Código Penal, mas sem que ocorresse sua revogação material, transferiu a proibição normativa para o artigo 213, o qual passou a ser assim redigido:

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Evidencia-se que a pena cominada continuou a mesma, pois os dois crimes, anteriormente, tinham a mesma pena abstrata de reclusão de 6 a 10 anos.

Indaga-se, contudo: qual a natureza deste novo tipo penal?

Acerca da classificação dos tipos penais, Fragoso (2006) ensina:

Classificam-se também os tipos penais em *simples* e *mistos*. Tipos simples são aqueles que descrevem uma única espécie de conduta punível. [...] Tipos mistos são os que descrevem mais de uma espécie de conduta. Fala-se aqui de tipos mistos *alternativos* e *cumulativos*. Os tipos alternativos são muito numerosos. Correspondem a casas em que o legislador incrimina da mesma forma, alternativamente, hipóteses diversas do mesmo fato, todas atingindo o mesmo bem ou interesse, a todas atribuindo o mesmo desvalor. [...] Apresenta o *tipo misto alternativo*, realmente, um conteúdo variável, porque descreve não uma, mas várias hipóteses de realização do mesmo fato delituoso. O característico destes tipos é que as várias modalidades são fungíveis, e a realização de mais de uma não altera a unidade do delito. Isto não ocorre com os chamados *tipos cumulativos*. Esta designação é evidentemente imprópria: não há tipos cumulativos. Há disposições legais que contêm, independentemente, mais de uma figura típica de delito, ou seja, nas quais há tipos acumulados. Nestes casos, haverá sempre concurso, em caso de realização de mais de um tipo. (FRAGOSO, 2006, p. 193-194).

Também assim entende Vicente Greco Filho (2009), o qual, citando Binding, Wertheimer, Mezger e outros, vê os tipos mistos como de duas naturezas:

[...] *alternativos* quando a violação de uma ou várias condutas previstas importa sempre no cometimento de um único delito; *cumulativos* quando há, na verdade, a previsão de mais de um delito distinto, de modo que cada violação determina a aplicação de uma pena, dando causa a um concurso de crime (material, formal, crime continuado). (GRECO FILHO, 2009, p. 119).

Então, questiona-se: o novo artigo 213 do Código Penal, consubstancia um tipo misto cumulativo ou um tipo misto alternativo, sobretudo, no caso de, numa situação fática, ocorrerem conjunção carnal e outros atos libidinosos diversos desta? Responde, ainda, Greco Filho (2010?):

O tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão.

Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causal, teremos então delitos autônomos. (GRECO FILHO, 2010?).

Enfim: se a violação seguinte é fase de execução da anterior, ou seja, se a conjunção carnal é precedida de outros atos libidinosos preparatórios, o que se tem é crime único. Do contrário, isto é, em caso de ocorrerem atos libidinosos diversos da conjunção carnal e esta, mas um não sendo fase de execução do outro, o que se tem é a ocorrência de duas violações consumando-se dois crimes de estupro, em tipo misto cumulativo.

#### **4 Concurso de Crimes no Caso de Cometimento de Atos Conjunção Carnal e Outros Libidinosos Diversos da Conjunção Carnal no Mesmo Contexto Fático: (Im) Possibilidade?**

Com a nova redação do art. 213 do Código Penal, que passou a unificar as figuras delitivas antes do estupro e do atentado violento ao pudor, para prever no mesmo tipo penal atos de conjunção e atos libidinosos diversos da conjunção carnal, indaga-se como se dá o concurso de crimes com a prática, no mesmo contexto fático, de ambos os atos.

Inicialmente, cabe trazer o estado da arte existente antes da edição da Lei 12.015/09.

Ainda sob a dicotomia estupro e atentado violento ao pudor, existiam duas posições acerca do enquadramento da conduta do agente que, no mesmo contexto fático, mantinha conjunção carnal e, com a mesma vítima, praticava ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Para uns, havia pluralidade de crimes, aplicando-se a regra do concurso material, o que impunha a soma das penas.

CRIMINAL. RESP. ESTUPRO. VÍTIMA DIVERSAS. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO MATERIAL. INCIDÊNCIA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DELITO HEDIONDO. PROGRESSÃO DEREGIME. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA INCIDENTER TANTUM PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, já decidiu pela impossibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva em crimes contra a liberdade sexual contra vítimas diversas, hipótese em que se incide a regra do concurso material. [...] (Resp 806429/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ 22/05/2006, p. 247).

Já outra posição defendia que, atento às condições de tempo, lugar e modo de execução, o que se tinha era crime continuado, devendo-se aplicar umas das penas exasperadas (e sem se falar na regra do parágrafo único do art. 71, o qual somente é aplicável contra vítimas diferentes).

Existia ainda o entendimento de que os atos libidinosos são atos de execução de um crime de estupro, ou seja, são atos necessários e antecedentes aos de conjunção carnal, o que se tem é crime único.

É possível a ocorrência de concurso material entre o estupro e o atentado violento ao pudor (art. 214), nas hipóteses em que este crime não consistir em meio natural para a realização do estupro – v.g., coito anal ou sexo oral; os atos que considerados vestibulares ao próprio crime de estupro são compreendidos como absorvidos pelo delito do art. 213 – como, v.g., o ato de beijar a vítima ou fazer-lhe eventuais carícias. Não haverá crime continuado quando o agente vier a praticar vários estupros contra a mesma vítima na mesma ocasião, respondendo ele apenas por um único delito de estupro. É admissível a continuidade delitiva na hipótese de se tratar da mesma vítima em ambientações diferentes. (SILVA, 2006, p. 88).

Pode-se dizer, contudo, que havia tendência consolidada no sentido de impossibilidade de ocorrência de continuidade delitiva, “porque os desígnios eram autônomos e, por esta razão, deveria ocorrer *concurso material*.” (TEBET FILHO, 2010?).

O Supremo Tribunal Federal, que anteriormente à edição de Lei nº 12.015/2009, tinha posição consolidada no sentido da ocorrência do concurso material de crimes entre estupro e atentado violento ao pudor, após a referida Lei, pelo menos em duas oportunidades, já posicionou em sentido diverso:

Habeas corpus. [...] 4. Superveniência da Lei n. 12.015/2009. Retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL). Continuidade delitiva. Possibilidade. (HC 99808, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-03 PP-00514). EMENTA: Habeas corpus. Atentado violento ao pudor e estupro. Continuidade delitiva. Superveniência da Lei nº 12.015/2009, não examinada na origem. Supressão de instância. Não conhecimento. Evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus concedido de ofício. Embora o acórdão atacado esteja em harmonia com a jurisprudência anteriormente prevalecente do Supremo Tribunal

Federal, cujo Plenário, em 18.06.2009, no julgamento do HC 86.238 (rel. min. Cezar Peluso e rel. p/ o acórdão min. Ricardo Lewandowski), assentou a inadmissibilidade da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, por tratar-se de espécies diversas de crimes, destaque que, após esse julgado, sobreveio a Lei 12.015/2009, que, dentre outras inovações, deu nova redação ao art. 213 do Código Penal, unindo em um só dispositivo os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Com isso, desapareceu o óbice que impedia o reconhecimento da regra do crime continuado no caso. Em atenção ao direito constitucional à retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL), seria o caso de admitir-se a continuidade delitiva pleiteada, porque presentes os seus requisitos (CP, art. 71), já os acórdão proferidos pelo TJSP e pelo STJ indicam que os fatos atribuídos ao paciente foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Ocorre que tal matéria, até então, não foi apreciada, razão por que o seu exame, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, constituiria supressão de instância. Por outro lado, nada impede a concessão de habeas corpus de ofício, para conferir ao juízo da execução o enquadramento do caso ao novo cenário jurídico trazido pela Lei 12.015/2009, devendo, para tanto, proceder à nova dosimetria da pena, afastando o concurso material e aplicando a regra do crime continuado (CP, art. 71), o que, aliás, encontra respaldo tanto na Súmula 611 do STF, quanto no precedente firmado no julgamento do HC 102.355 (rel. min. Ayres Britto, DJe de 28.05.2010). Não conhecimento do writ e concessão de habeas corpus de ofício. (HC 94636, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010 EMENT VOL-02416-02 PP-00300).

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça, 6º Turma, passou a entender que, em face da nova legislação vigente, a citada hipótese constitui crime único (TASSE, 2010, p. 162), passível de reconhecimento da continuidade delitiva:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME CONTINUADO x CONCURSO MATERIAL. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. MODIFICAÇÃO NO PANORAMA. CONDUTAS QUE, A PARTIR DE AGORA, CASO SEJAM PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA, NUM MESMO CONTEXTO, CONSTITUEM ÚNICO DELITO. NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. [...] 6. Ordem concedida, a fim de, reconhecendo

a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular a sentença no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Juiz das execuções. (HC 144870/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 24/05/2010).

A quinta turma, recentemente, também adotou tal tese:

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que é possível a figura do crime continuado entre estupro e atentado violento ao pudor – tipos penais tratados separadamente pelo Código Penal até 2009, quando foram reunidos num mesmo artigo sob a denominação geral de estupro. Com a decisão, o STJ passa a ter um entendimento unificado sobre o tema, pois a Sexta Turma já vinha se manifestando pela possibilidade do crime continuado – que significa que o réu é condenado à pena de um dos crimes cometidos em sequência, aumentada de um sexto a dois terços, em vez de suportar uma pena para cada crime.<sup>2</sup>

Este entendimento, no entanto, vai de encontro ao princípio da proporcionalidade e à dogmática penal.

É certo que da dicção do novo artigo 213, como já se viu, não houve *abolitio criminis* do atentado violento ao pudor, pois o legislador ainda efetua uma distinção entre atos de conjunção carnal e outros atos libidinosos. Também:

Não se pode [...] perder de vista, que as ações direcionadas à prática da conjunção carnal constituem um conduta, e, as ações direcionadas à prática de outros atos libidinosos, especialmente o coito oral e o coito anal, constituem outra conduta, e, nestes casos, não temos uma conduta, mas, duas condutas, revelando desígnios autônomos, não se podendo, assim, falar em continuidade delitiva, mas, sim, em concurso material. (TEBET FILHO, 2010?).

---

2 Obtido em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmparea=398&tmp.texto=101424&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=estupro](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmparea=398&tmp.texto=101424&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=estupro)>. Acesso em: 20 abr. 2011.

Com isto, e aplicando-se a teoria dos tipos mistos, conclui-se que o art. 213 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 12.015/09, consubstancia tipo misto cumulativo, e não alternativo, e com isto, havendo mais de uma violação ao tipo penal, o que se tem é concurso de crimes.

A jurisprudência do crime único acima citada, sequer se justifica em face da legalidade existente antes da Lei nº 12.015/09. Se sob a tipicidade separada dos crimes de estupro e do atentado violento ao pudor, em tipos penais diversos, não se entendia ocorrer crime único, porque a unicidade da conformação legislativa no art. 213, o qual, simplesmente unificou os tipos penais, dever-se-ia mudar tal posicionamento?

Em outras palavras, se são as condutas que definem a ocorrência de crime, e, na situação aventada, ocorrem duas condutas diversas, direcionadas a prática de atos diversos, não pode ser somente porque houve união dos tipos legais que se deve entender que há crime único.

A tese do crime único também não encontra respaldo no princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição de proteção deficiente.

É certo que a tutela da liberdade sexual é um mandamento constitucional expresso, a ver das disposições dos artigos 1º, inc. III, 5º, *caput*, e 227, § 4º, existindo, nesta hipótese, um imperativo constitucional explícito de tutela penal.

Também não se questiona a constitucionalidade do princípio da proporcionalidade, e, como tal, deve ser tido como parâmetro de aferição da constitucionalidade das decisões governamentais, sejam elas administrativas, legislativas ou judiciais. E isto vale para a proibição de excesso e para a proibição de proteção deficiente:

A proibição de proteção deficiente relaciona-se diretamente, pois, à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (na

realidade, lhe é complementar), notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção. Sob essa perspectiva, opera como ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a exercer um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, sendo, portanto, irrecusável sua dignidade constitucional. (FELDENS, 2008, p. 92).

Sobressai, portanto, que a conclusão de que várias violações à liberdade sexual, com as várias condutas a fins diversos, consubstancia crime único, mesmo com malferimento do mesmo bem jurídico, é dar uma proteção aquém do mínimo exigido constitucionalmente, pois viola a dignidade da pessoa humana em sua expressão da liberdade sexual:

Por todos esses argumentos e em respeito ao espírito da lei e à dignidade da pessoa humana, essa é a única interpretação possível, eis que, inclusive respeita a proporcionalidade. Não teria cabimento aplica-se a pena de um único estupro isolado se o fato implicou na prática de mais de um e de mais de uma de suas modalidades, a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos. (GRECO FILHO, 2010?).

Por fim, não se olvida que, fazer controle de constitucionalidade de decisões judiciais, mormente em material penal, é tarefa das mais árduas e de difícil implementação concreta, seja em face da proibição de excessos, seja de proibição de proteção deficiente:

Se já é difícil convencer os operadores jurídicos do uso do controle difuso para aplicar a cláusula de proibição de excesso [...] imagine-se o comportamento destes no que concerne ao controle difuso de constitucionalidade (e o mesmo vale para o controle concentrado feito pelo STF) quando se está diante de uma hipótese de aplicação da cláusula da proibição de proteção deficiente, quando é colocada em xeque – de forma mais delicada, porque feita em sentido contrário – a liberdade de conformação legislativa. (STRECK, 2005, p. 179).

Tal situação fática de dificuldade de efetivação não pode servir de justificativa para sua não implementação. O que se tem é uma situação fática de clara afronta aos ditames constitucionais da proporcionalidade, em que há uma violação da proibição da proteção penal insuficiente.

A interpretação de que, havendo várias incidências no tipo do art. 213, contra a mesma vítima no mesmo contexto fático, e não sendo os atos libidinosos preparatórios do coito vaginal, tem-se crime único viola os ensinamentos da dogmática penal e, o que é muito mais grave, é inconstitucional, pois viola a cláusula da proporcionalidade.

## Conclusão

1. O princípio da proporcionalidade tem sede constitucional, conforme já afirmou a doutrina e a jurisprudência do STF, e, a partir da teoria dos deveres de proteção, é possível se falar em duas vertentes de tal princípio: proibição de excesso e proibição de proteção deficiente.

2. O concurso de crimes comporta três teorias: a) concurso material, em que há soma das penas; b) concurso formal, com a exasperação de uma das penas; c) crime continuado, em que, por ficção, entende-se ocorrido um único crime, com a imposição de uma única pena, mas também exasperada.

A Lei nº 12.015/09 não empreendeu *abolitio criminis* do crime de atentado violento ao pudor. Somente revogou formalmente o art. 214, transferindo o preceito proibitivo para o tipo penal do art. 213 e unificando sob a rubrica do crime de *Estupro*.

3. O art. 213 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.015/09, é tipo misto cumulativo, em que as várias violações direcionadas a fins diversos (fim de praticar conjunção carnal e fim de praticar atos diversos da conjunção) levam a ocorrência de tantos crimes quantas foram as violações.

4. Entender-se as várias violações ao art. 213 do CP no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima como crime viola o princípio da proporcionalidade, entendido como proibição da proteção penal insuficiente, além de ir de encontro a teoria dos tipos mistos cumulativos.

### **Proportionality and Criminal Law: Suitable Constitutional Interpretation for the Crimes Concourse Theory.**

**Abstract:** Brazilian Federal Law 12.015/09 brought new legal status to the crimes against morals and named them as crimes against sexual dignity. The crimes of rape and indecent assaults became unified into a single criminal offense and were both defined as rape, as you can see in article 213 of Brazilian Criminal Code. So, doctrine and jurisprudence started to argue on the nature of the new criminal offense about how to deal with it, whether mixed alternative or mixed cumulative. If the new criminal offense is interpreted as mixed cumulative, which accumulation of crimes operates when practiced in the same factual context and against the same victim of rape and other sexual acts. In other words, if such hypothesis occurs, the crime may be analyzed as tender material crime, formal tender crimes, or even continuing offense. Under such conformation, the constitutional principle of proportionality can be exploited under the aspect of prohibition of insufficient legal protection, as long as there is no doubt about the Constitutional Guarantee of protection of sexual freedom. So, it's assumed that if those crimes are considered as only one, it would violate the mixed criminal offense theory and the principle of proportionality, what may lead to an unconstitutional issue.

**Keywords:** Rape. Sexual dignity. Accumulation of crimes. Proportionality.

## **Referências**

BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência*.

dência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Atualizador: Fernando Fragoso.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção – repressão*. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Uma interpretação de duvidosa dignidade*. [2010?]. Disponível em: <[http://www.grecofilho.com.br/pdfs/interpretacao\\_lei\\_dignidade\\_sexual.pdf](http://www.grecofilho.com.br/pdfs/interpretacao_lei_dignidade_sexual.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

HIRECHE, Gamil Föppel el. Teoria geral do concurso de crimes. *Revista Forense*, v. 387, p. 117-131, set./out. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano 32, n. 98, p. 105-149, jun. 2005.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei nº 11.106/2005*. Leme: J.H.Mizuno, 2006.

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

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, ano 32, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

TASSE, Adel el. O novo entendimento do STJ sobre a prática de estupro e atentado violento ao pudor no mesmo contexto fático. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, ano 11, n. 61, p. 161-163, abr./maio 2010.

TEBET FILHO, Walter. *O concurso de crimes no novo art. 213, do*

*código penal*. [2010?]. Disponível em: <[http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/art\\_juridicos2009.htm/](http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/art_juridicos2009.htm/)>. Acesso em: 19 out. 2010.

---

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

CERQUEIRA, Ericson dos Santos. Proporcionalidade e direito penal: por uma interpretação constitucionalmente adequada da hipótese de concurso de crimes de estupro. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 5, p. 205-238, 2011. Anual.

---

**Submissão:** 28/07/2011

**Aceite:** 20/10/2011

---

# Quesito Absolutório: Aspectos Polêmicos Trazidos pela Lei nº 11.689/2008

**Livia Cruz Rabelo**

Promotora de Justiça adjunta do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

**Resumo:** O presente trabalho tem como escopo analisar as mudanças trazidas pela Lei nº 11.689/2008, que alterou o procedimento do júri, com enfoque na inserção do quesito absolutório. Apresenta-se breve histórico do júri europeu e a atual formatação do instituto no Brasil. Além disso, compara-se o procedimento originalmente previsto no Código de Processo Penal com o trazido pela reforma, em especial na quesitação. Ao abordar o quesito absolutório, demonstram-se as dificuldades enfrentadas pela acusação, com ênfase quando a defesa alega apenas a negativa de autoria, os jurados a rechaçam, mas absolvem o réu - momento em que também se discute a obrigatoriedade do quesito. Por fim, são trazidos alguns precedentes dos Tribunais de Justiça de alguns estados brasileiros de forma a nortear a atuação dos profissionais da área, até que o Superior Tribunal de Justiça pacifique as discussões.

**Palavras-chave:** Júri. Quesito absolutório. Aplicação. Perplexidades.

**Sumário:** Introdução. 1 O Tribunal do Júri. 1.1 Antecedentes Históricos – Formação do Júri Europeu. 1.2 O Júri no Brasil. 1.2.1 A Soberania dos Veredictos. 1.2.2 Procedimento Originalmente Previsto no CPP de 1941. 1.2.3 Alterações Trazidas com o Advento da Lei 11.689/2008. 1.2.4 Comparativo da Quesitação nos Procedimentos. 2 O Quesito Absolutório. 2.1 Direito Comparado. 2.2 Questionamentos na Aplicação. 2.2.1 Várias Teses Defensivas. 2.2.2 A Negativa de Autoria como Única Tese da Defesa. 3. Precedentes dos Tribunais de Justiça dos Diversos Estados Brasileiros Aplicando o Quesito Absolutório. Conclusão. Referências.

## Introdução

Os profissionais que atuam no Tribunal do Júri, em especial órgãos de acusação, após a Reforma do Código de Processo Penal ocorrida em 2008, enfrentam alguns problemas, especificamente com a inserção do quesito absolutório, objeto deste trabalho.

Para se chegar ao tema central, faz-se breve histórico do júri na Europa e apresenta-se a atual formatação do instituto no Brasil, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988, enfatizando o princípio da soberania dos veredictos.

Após, demonstra-se como era o procedimento do júri previsto originalmente no Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941). Como ele foi publicado na década de 1940, período sabidamente antidemocrático, não acompanhou a evolução da sociedade brasileira, especialmente após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que consagrou diversos direitos fundamentais aos cidadãos. Em consequência, vários artigos não foram recepcionados pela Carta Magna.

Para adequar o Código de Processo Penal à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foram publicadas, entre outras, as Leis nº 11.689, de 9 de junho de 2008; nº 11.690, de 9 de junho de 2008; e nº 11.719, de 20 de junho de 2008, sendo destacada a primeira, que tratou da reforma do Procedimento do Tribunal do Júri. Analisam-se as mudanças trazidas pela reforma, com enfoque na quesitação, que foi sensivelmente simplificada.

Demonstra-se que a aplicação do quesito absolutório – trazido pela reforma – tem causado perplexidade nos profissionais atuantes no Tribunal do Júri, principalmente quando há várias teses defensivas e o acusado é absolvido; e também quando a defesa sustenta apenas a negativa de autoria em plenário, os jurados reconhecem a autoria, mas absolvem o acusado.

Como a lei é recente, ainda não há decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça, de modo a pacificar o tema. Desta forma, buscou-se o entendimento dos diversos Tribunais de Justiça dos estados brasileiros, de forma a orientar, por ora, os profissionais que atuam nessa área.

## 1 O Tribunal do Júri

O júri é uma garantia individual reconhecida pela Constituição República Federativa do Brasil de 1988 como instituição destinada ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida. É composto por cidadãos previamente alistados, que são sorteados e fazem juramento de julgar de acordo com sua consciência e os ditames da Justiça.

### 1.1 Antecedentes Históricos – Formação do Júri Europeu

O julgamento de um cidadão pelos seus pares é um tema que levanta calorosas discussões, inclusive a respeito de seu surgimento. Firmino Whitaker afirma que o júri remonta aos primórdios da humanidade: “qualquer que fosse a dúvida levantada nas tribos errantes, sem leis positivas e autoridades permanentes, a decisão era proferida pelos pares dos contendores (WHITAKER *apud* MARQUES, 2009, p. 20).

Rogério Lauria Tucci (1999, p. 13) aponta também como antecedente do júri o conhecido tribunal popular na Grécia (Heliastia), instituído por Sólon (594 a.C), composto por seis mil cidadãos, chamados heliastas. Os julgadores, a partir do momento em que eram escolhidos por votação, passavam a ser chamados de dikastas. Um dos julgamentos mais famosos desse Tribunal foi o de Sócrates, que o reconheceu como legítimo.

Entretanto, esse autor (1999, p. 15) acredita que o júri tenha surgido em Roma, com as *questiones perpetuae*. A *quaestio*, uma espécie de comissão, foi instituída em 149 a.C. pela Lex Calpurnia com o objetivo de investigar servidores estatais que houvessem prejudicado algum provinciano. Ela era composta por um presidente e no máximo cinquenta cidadãos (*judices juratis*), escolhidos entre os senadores.

Ainda é citado na doutrina o writ “*novel disseisin*”, na Inglaterra, como precursor do júri:

A referência mais segura da origem da instituição júri ocorreu em 1166, no governo do Rei Henrique II (1154-1189) que instituiu um writ “chamado de *novel disseisin* (novo esbulho possessório) pelo que encarregava o *sheriff* de reunir doze homens da vizinhança para dizerem se o detentor de uma terra desapossou, efetivamente, o queixoso, eliminando, assim, um possível duelo judiciário praticado até aí” (07). Ainda segundo Paulo Rangel, “nesse conjunto de medidas, a acusação pública, que até então era feita por um funcionário, espécie de Ministério Público, passou a ser feita pela comunidade local quando se tratava de crimes graves (homicídios, roubos, etc.), surgindo, assim, o júri que, como era formado por um número grande de pessoas (23 jurados no condado) foi chamado de *Grand Jury* (Grande Júri). Por isso era chamado de Júri de acusação”.

Em sua origem, portanto, havia dois tribunais do júri, com missões distintas: um com a responsabilidade pela confirmação da acusação (*Grand jury*), com 23 membros, e o outro pelo julgamento propriamente dito, com a imposição da sentença. De acordo com John Gilissem (09), “os jurados (pessoas do povo daquela comunidade onde ocorreu o crime) deviam decidir segundo o que sabiam e com base no que se dizia, independentemente de provas, já que estas eram de responsabilidade de outros doze homens de bem, recrutados entre vizinhos, formando assim o pequeno júri (*Petty jury*) que decidia se o réu era culpado (*guilty*) ou inocente (*innocent*)” (REIS, 2010).

A maioria da doutrina concorda, todavia, que o Tribunal do Júri, nos moldes como está previsto atualmente, tem sua origem na Inglaterra, em 1215, depois que as ordálias e os juízes de Deus foram abolidos pelo Concílio de Latrão. Paralelamente, a Carta Magna dispunha que “nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora da lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra”.

Foi com a Revolução Francesa, no entanto, que a instituição do júri se propagou pela Europa, como um ideal de democracia e liberdade

a ser seguido. A partir daí, passou a haver dois sistemas de júri bastante distintos: o do *common law* (britânico), em que os jurados respondem a um único quesito (*guilty or not guilty?*), decidindo questões de fato e de direito; e o francês, em que os jurados decidem apenas as questões de fato, sendo as de direito resolvidas pelo juiz togado.

Na atualidade, o Tribunal do Júri é adotado por diversos países, como Austrália, Canadá, Inglaterra, Gales, Irlanda do Norte, Estados Unidos, Nova Zelândia, Escócia, República da Irlanda, França, Grécia, Bélgica, Alemanha, Itália, Suíça, Portugal, Noruega e cerca de outros quarenta países.

## 1.2 O Júri no Brasil

O júri foi criado no Brasil pela Lei de 18 de junho de 1822 para julgar exclusivamente o abuso de liberdade da imprensa. A partir da Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, todas as Constituições brasileiras, com exceção da Carta de 1937, previram a instituição do júri. Algumas determinaram uma competência elástica, outras deixaram tal definição a cargo da legislação infraconstitucional, mas, a partir da Constituição de 18 de setembro de 1946, firmou-se a competência do júri para os crimes dolosos contra a vida.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconheceu como direito e garantia fundamental a instituição do júri, que tem competência para julgar os crimes dolosos contra a vida (consumados ou tentados), assegurados os princípios da plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos.

Depreende-se, assim, que a competência do júri é fixada em razão da matéria (*ratione materiae*), sendo, portanto, absoluta.

Quanto aos princípios norteadores do júri, serão tecidas breves considerações, com exceção do princípio da soberania dos veredictos,

que será analisado mais detidamente por guardar relação direta com o objeto do presente trabalho.

A plenitude de defesa, para Marcus Vinicius Amorim de Oliveira (2010, p. 86) e outros autores, é equivalente à ampla defesa prevista como garantia fundamental processual em que a parte pode de lançar mão de todos os recursos legítimos para a sua defesa. Entretanto, para Nucci (2008, p. 26), a plenitude de defesa é mais abrangente que a ampla defesa, devendo a defesa técnica agir de maneira perfeita, sob pena de deixar o réu indefeso ou permitir uma condenação injusta, uma vez que o jurado não é obrigado a fundamentar seu voto. Para ele, a inovação de tese da defesa na tréplica é um exemplo de aplicação do princípio da plenitude de defesa.

O sigilo das votações é uma garantia que os jurados têm para decidir com imparcialidade, liberdade e isenção, ou seja, para que não votem sob influência de alguma das partes (familiares da vítima ou do réu) nem, depois do julgamento, sofram qualquer represália em consequência do seu voto. O sigilo das votações é possibilitado por sua realização em sala secreta ou, não existindo, pela retirada do público do salão do plenário.

Alguns doutrinadores, como Lenio Luiz Streck (1998, p. 144) e James Tubenclak (1997, p. 128), entendem ser inconstitucional a presença da sala secreta, por violar o princípio da publicidade, afirmando que o sigilo é do voto e não da votação. Entretanto, a maioria da doutrina, corroborada pela jurisprudência, afirma a necessidade da sala secreta para garantir a imparcialidade da votação, aduzindo que o julgamento não é secreto, pois acompanhado do promotor, da defesa e dos serventuários da Justiça.

### 1.2.1 Soberania dos Veredictos

Pelo princípio da soberania dos veredictos, a decisão dos jurados – que diz respeito ao mérito da causa – não pode ser modificada por juízes togados, por ser suprema.

Isso quer dizer que os jurados analisam as provas livremente, julgando de acordo com sua consciência e os ditames da justiça, e, desde que baseados em uma das versões apresentadas em plenário, não podem ter sua decisão reformada pelo Tribunal. Há discussões a respeito da origem desse princípio, mas é certo que se ele se tornou forte pelos ideais da Revolução Francesa:

A soberania das decisões do Júri foi adotada pela Revolução Francesa porque, como visto acima, os iluministas Rousseau, Hobbes e Locke defendiam (ainda que sob ângulos diversos) que o fundamento do poder consubstanciava-se no pacto social. Assim, a soberania pertencia ao povo, sendo que este depositava o poder nas mãos do soberano que, por sua vez, deveria respeitar as regras do referido pacto. Todos os membros da sociedade cederiam seus direitos em prol de um poder maior. Dessa forma, os iluministas acreditavam que a soberania pertencia ao povo, rebelando-se contra a centralização dos poderes do Monarca (ANSANELLI JUNIOR, 2005, p. 68).

Somente se a decisão se dissociar integralmente da prova dos autos, sendo arbitrária, é que pode ser anulada no Tribunal, conforme prevê o art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal. Mas, mesmo nesse caso, não será o Tribunal que proferirá uma sentença substitutiva, como ocorre no procedimento comum, e sim devolverá o processo para que um novo conselho de sentença o julgue novamente.

Essa previsão legal – de recurso quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos – demonstra claramente que o princípio da soberania dos veredictos não é absoluto, como qualquer direito e garantia fundamental.

Famosa é a lição de Alexandre de Moraes sobre o tema:

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (MORAES, 2007, p. 101).

Adriano Marrey, em obra escrita em conjunto com Alberto Silva Franco e Rui Stoco (1997), leciona sobre a soberania dos veredictos:

[...] não são os jurados ‘onipotentes’, com o poder de tornar o quadrado redondo e de inverter os termos da prova. Julgam eles segundo os fatos objeto do processo; mas, exorbitam se decidem contra a prova. Não é para facultar-lhes a sua subversão que se destina o preceito constitucional (FRANCO; MARREY; STOCO, 1997, p. 67).

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal (STF), já decidiu:

PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVA. NÃO CONHECIMENTO. SOBERANIA DOS VEREDITOS DO TRIBUNAL DO JÚRI. SISTEMA RECURSAL NO PROCEDIMENTO DOS CRIMES DE COMPETÊNCIA DO JÚRI. 1. A questão central, neste recurso extraordinário, diz respeito à possível violação à garantia da soberania dos veredictos do tribunal do júri no julgamento do recurso de apelação da acusação, nos termos do art. 593, III, b, do Código de Processo Penal [...] 4. A soberania dos veredictos do tribunal do júri não é absoluta, submetendo-se ao controle do juízo ad quem, tal como disciplina o art. 593, III, d, do Código de Processo Penal. 5. Esta Corte tem considerado não haver afronta à norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos do tribunal do júri no julgamento pelo tribunal ad quem que anula a decisão do júri sob o fundamento de que ela se deu de modo contrário à prova dos autos (HC 73.721/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14.11.96; HC 74.562/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06.12.96; HC 82.050/MS, rel. Min. Maurício Correa, DJ 21.03.03). 6. O sistema recursal relativo às decisões tomadas pelo tribunal do júri é perfeitamente compatível com a norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos (HC 66.954/SP, rel. Min. Moreira Alves, DJ 05.05.89; HC 68.658/SP, rel. Min. Celso de Mello, RTJ 139:891,

entre outros). 7. O juízo de cassação da decisão do tribunal do júri, de competência do órgão de 2º grau do Poder Judiciário (da justiça federal ou das justiças estaduais), representa importante medida que visa impedir o arbítrio, harmonizando-se com a natureza essencialmente democrática da própria instituição do júri. 8. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, 2ª Turma, RE 559742/SE, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 28.10.2008).

A relatividade da soberania dos veredictos é adotada em vários países porque é salutar, como demonstra André Mauro Lacerda Azevedo. Ele explica que na França (2007, p. 94), existe o *pouvoir en cassation*, que é um recurso que pode ser interposto contra as decisões do júri, nos casos de incompetência, violação dos direitos da defesa ou da lei de fundo, inobservância das formas prescritas sob pena de nulidade, irregularidade da composição da jurisdição e contradição ou falta dos motivos da decisão. Azevedo destaca o interessante aspecto do modelo francês de, tanto em primeiro grau quanto em segundo, o órgão julgador ser composto por juízes togados e leigos.

O mesmo autor cita que, nos Estados Unidos (2007, p. 102), os recursos *post-trial-motions* são mecanismos de controle das decisões proferidas pelo júri, sendo divididos em *motion for judgement of acquittal* (tem por objetivo a absolvição do réu por insuficiência de provas) e *motion for a new trial* (seu escopo é a realização de novo julgamento, por nulidade no primeiro, ou seja, não se ataca o mérito). No caso de erro de direito, o recurso cabível é a apelação e, caso provida, o processo é remetido ao júri para novo julgamento.

Fernando da Costa Tourinho Filho (1996, p. 351) afirma que a soberania dos veredictos também pode ser relativizada, inclusive com sentença condenatória transitada em julgado, se em confronto com o direito fundamental à liberdade. Assim, se houver decisão definitiva do conselho de sentença, de maneira equivocada, restringindo a liberdade

do indivíduo, a decisão pode ser desconstituída por meio de revisão criminal. Em outros países há institutos similares à revisão criminal, como o *pouvoir en revision*, na França, e o *collateral attack*, nos Estados Unidos.

### 1.2.2 Procedimento do Júri Previsto Originalmente no Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal (CPP) dispôs em seu art. 433 que o Tribunal do Júri é constituído por um juiz togado, que o preside, e de vinte e um cidadãos escolhidos por sorteio, sete dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.

O rito a ser seguido nos processos de competência do júri é chamado de escalonado, porque possui duas fases bem delimitadas. A primeira, chamada de sumário de culpa (*judicium accusationis*), se inicia com o oferecimento da denúncia e se encerra com a decisão de pronúncia. A segunda, em que efetivamente ocorre o julgamento (*judicium causae*), tem início com o libelo acusatório e termina com o julgamento pelo Conselho de Sentença.

No sumário de culpa, o procedimento, conforme assinalado, se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa e, após seu recebimento, é realizada a citação do acusado e seu interrogatório. Em seguida, é apresentada a defesa prévia do réu, designada uma audiência para oitiva das testemunhas de acusação e outra para oitiva das testemunhas de defesa.

Encerrada a instrução, as partes apresentam alegações finais e o juiz pode proferir quatro decisões: pronúncia (a imputação é admissível e o réu será submetido a julgamento), impronúncia (a imputação é rejeitada por ausência de elementos mínimos), desclassificação (o juiz se convence da existência de crime não doloso contra a vida) e absolvição

sumária (restou comprovada a existência de causa de excludente da ilicitude ou culpabilidade).

Somente se for proferida a sentença de pronúncia, haverá a segunda fase do procedimento, iniciada com a apresentação do libelo-crime acusatório, uma peça que deve espelhar com fidelidade a sentença de pronúncia, fazendo exposição escrita e articulada do fato criminoso. A defesa pode oferecer contrariedade ao libelo e, após, é designada data para a sessão de julgamento.

No dia do julgamento, pelo menos quinze dos vinte e um jurados deverão estar presentes, dentre os quais sete serão sorteados para formar o Conselho de Sentença. Após o compromisso dos jurados sorteados, é realizado o interrogatório do réu, feito o relatório do processo, com leitura das peças principais e das peças solicitadas pelas partes, seguido da oitiva das testemunhas da acusação, da defesa e do júízo.

Terminada a instrução, inicia-se a fase dos debates, com prazo de duas horas para cada parte: o Ministério Público sustenta a acusação, fazendo a leitura do libelo e a defesa apresenta as teses que entender pertinentes ao caso. Finalizada a sustentação da defesa, a acusação pode ir à réplica por trinta minutos, tendo a defesa o mesmo tempo para ir à tréplica.

Encerrados os debates, estando os jurados habilitados a julgar, serão encaminhados à sala secreta, onde será realizada a votação dos quesitos. Sobre a quesitação, voltaremos a falar em tópico específico. Aos jurados será entregue uma cédula com o escrito “sim” e outra com o escrito “não”, que serão usadas para resposta aos quesitos. A cada quesito, todas as cédulas são abertas, de forma a saber quantos jurados votaram “sim” e quantos votaram “não”.

Após a votação, o juiz togado proferirá a sentença, respeitando a decisão dos jurados, cabendo a ele apenas a fixação da pena.

### 1.2.3 Alterações Trazidas pela Lei nº 11.689/08

O Código de Processo Penal-CPP (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) entrou em vigor em um regime notoriamente antidemocrático (Era Vargas), o que explica vários dispositivos arbitrários, que têm fundamento na presunção de culpabilidade do réu, restringindo seu direito à liberdade e à defesa.

Com o advento da Constituição de 1988, que consagrou vários direitos e garantias individuais, entre eles o da presunção de inocência (ou de não culpa, como preferem alguns), o do contraditório, o da ampla defesa e o da prisão cautelar como exceção. Se o CPP já estava ficando ultrapassado, com a vigência da Constituição, muitos de seus dispositivos não foram recepcionados, por afrontar diretamente a Lei Maior.

Em 2008, foram publicadas as Leis nº 11.689, de 9 de junho de 2008, nº 11.690, de 9 de junho de 2008, e nº 11.719, de 20 de junho de 2008, com o intuito de modernizar o Código de Processo Penal, adequando-o às normas constitucionais. A Lei nº 11.689/08 tratou, em específico, das alterações do procedimento do júri, tornando-o mais célere.

O procedimento continua bifásico, sendo a audiência para oitiva das testemunhas, no *judicium accusationis*, una, incluindo o interrogatório do réu, que é o último ato a ser realizado antes das alegações orais. O juiz pode proferir as decisões de pronúncia, impronúncia, desclassificação e absolvição sumária. O recurso cabível contra as decisões de impronúncia e absolvição sumária é o de apelação, e não mais o recurso em sentido estrito.

No *judicium causae*, o número de jurados sorteados por mês passa de vinte e um para vinte e cinco. Suprimiu-se o libelo-crime acusatório,

dispensando-se, obviamente, sua leitura em plenário. Por outro lado, o juiz presidente confeccionará um relatório do processo, uma das peças que serão entregues aos jurados, já que também foi suprimida a leitura obrigatória de peças. Dificultou-se a possibilidade de separação do julgamento quando há mais de um acusado (o que acontecia com frequência anteriormente, por ocasião das recusas dos jurados).

As sustentações da acusação e da defesa terão prazo máximo de uma hora e meia, com réplica e tréplica de uma hora. Contrariamente ao que previa a lei anterior, a presença do réu em julgamento é uma faculdade, como corolário lógico do direito ao silêncio constitucionalmente assegurado. Os quesitos são sensivelmente simplificados, tema a ser abordado no próximo tópico. A cada quesito, atingida a maioria de votos, não são abertas as outras cédulas, de forma a preservar o sigilo das votações. Suprimiu-se o recurso “Protesto por Novo Júri”, cabível quando a pena fixada ultrapassava vinte anos.

#### 1.2.4 Comparativo da Quesitação nos Procedimentos

De acordo com a antiga redação do art. 484 do CPP, os jurados eram questionados a respeito de: a) autoria e materialidade, b) letalidade/*animus necandi* (no caso de homicídio consumado ou tentado, respectivamente) ou desclassificação, c) teses de defesa relativas às causas de exclusão de ilicitude, d) teses defensivas de exclusão da culpabilidade, e) tese referente ao homicídio privilegiado, f) qualificadoras, g) causas de aumento e diminuição de pena, h) agravantes genéricas e i) atenuantes, cada um em um quesito próprio.

E mais, a depender do tema, havia desdobramento dos quesitos, como por exemplo, na legítima defesa, em que cada requisito era quesitado. O número exagerado de quesitos acabava por provocar inúmeras nulidades. Veja-se o que dispunha o art. 484:

Art. 484 Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras:

I - o primeiro versará sobre o fato principal, de conformidade com o libelo;

II - se entender que alguma circunstância, exposta no libelo, não tem conexão essencial com o fato ou é dele separável, de maneira que este possa existir ou subsistir sem ela, o juiz desdobrará o quesito em tantos quantos forem necessários;

III - se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude;

IV - se for alegada a existência de causa que determine aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de determinados limites, ou de causa que determine ou faculte diminuição de pena, nas mesmas condições, o juiz formulará os quesitos correspondentes a cada uma das causas alegadas;

V - se forem um ou mais réus, o juiz formulará tantas séries de quesitos quantos forem eles. Também serão formuladas séries distintas, quando diversos os pontos de acusação;

VI - quando o juiz tiver que fazer diferentes quesitos, sempre os formulará em proposições simples e bem distintas, de maneira que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza.

Parágrafo único. Serão formulados quesitos relativamente às circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos arts. 44, 45 e 48 do Código Penal, observado o seguinte:

I - para cada circunstância agravante, articulada no libelo, o juiz formulará um quesito;

II - se resultar dos debates o conhecimento da existência de alguma circunstância agravante, não articulada no libelo, o juiz, a requerimento do acusador, formulará o quesito a ela relativo;

III - o juiz formulará, sempre, um quesito sobre a existência de circunstâncias atenuantes, ou alegadas;

IV - se o júri afirmar a existência de circunstâncias atenuantes, o juiz o questionará a respeito das que lhe parecerem aplicáveis ao caso, fazendo escrever os quesitos respondidos afirmativamente, com as respectivas respostas.

Na Exposição de Motivos do Projeto de Lei que alterou o procedimento do júri, foi explicitado que, em relação à quesitação, o objetivo era simplificar ao máximo, formulando-se, basicamente,

três quesitos: a) materialidade, b) autoria e c) se o acusado deve ser absolvido. Caso seja estabelecida a condenação com o terceiro quesito, indaga-se aos jurados se existe a) causa de diminuição alegada pela defesa e b) circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecida na pronúncia. Não são mais quesitadas as agravantes e atenuantes.

A redação do art. 483 do CPP, a respeito dos quesitos, é a seguinte:

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

§ 3º Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:

I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 4º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.

§ 5º Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito.

§ 6º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas.

Da leitura do novo art. 483, depreende-se que houve notória simplificação nos quesitos, em especial nas teses abordadas pela defesa, que antes eram minuciosamente quesitadas e, agora, aglutinaram-se em um só quesito (“O jurado absolve o acusado?”). Rui Stoco (2001), um dos integrantes da Comissão que elaborou a Lei nº 11.719/08, afirma:

A respeito dessa questão, fundamental transcrever a advertência de Edson O’dwyer, excepcional processualista: ‘É preciso que nos conscientizemos de que o jurado só quer condenar ou absolver. Em condenando, quer uma pena mais longa ou mais breve. O mais, as filigranas, as conceituações técnicas, as dificuldades, tudo é problema do juiz que presidir a sessão. É necessário que se faça do não-togado um julgador de fato, não de direito. De circunstancial, de conduta, de comportamento humano, não de assuntos essencialmente jurídicos, alguns dos quais difíceis e controversos até para os juristas’ (“Sugestões para a revisão do Código de Processo Civil”, Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Imprensa Nacional, 1/37, 1993) (STOCO, 2001, p. 222).

Aramis Nassif (2009, p. 145) discorda do posicionamento de Rui Stoco (2001), asseverando que o jurado, na sala secreta, traz consigo uma carga de informações explanadas em plenário e seu convencimento só será verdadeiramente exposto em respostas fragmentadas: “o quesito, segmentando em sua função teleológica o comportamento do agente do fato, e da estrutura deste, faz com que o jurado ‘rememorize’ o detalhe pertinente, isolando-o na indagação, e decisivo para a conclusão decisória”.

O autor afirma, ainda, que o quesito único pode levar o jurado à condenação já realizada pela mídia, uma vez que não responderá com base na verdade que apreendeu, que se encontra no detalhe, já não mais quesitado. Sem ser questionado também sobre cada elemento da legítima defesa, por exemplo, acredita o autor que poderá haver injustiças.

Passemos à análise específica do quesito absolutório.

## 2 O Quesito Absolutório

### 2.1 Direito Comparado – Inglaterra, Estados Unidos e França

O direito inglês é marcado pelo objetivo de solução de litígios e, para isso, as normas processuais são simples e buscam reduzir ao máximo qualquer tipo de manobra das partes que vise a procrastinar o feito e adiar o deslinde da causa. Além disso, a utilização dos precedentes judiciais é indispensável, porque mais célere e efetiva na busca do fim a ser alcançado, se comparada às extensas discussões acerca do direito material envolvido.

Essa simplificação e essa objetividade da norma processual levam a uma informalidade dos procedimentos que afasta o direito inglês dos ordenamentos jurídicos da Europa continental. O júri inglês, como haveria de ser, é simplificado, sendo os jurados questionados apenas quanto a ser o réu culpado ou não (*guilty or not guilty*).

A mesma quesitação foi adotada nos Estados Unidos, que, apesar de terem adotado muitos aspectos do júri britânico, em outros dele se distanciaram.

Alguns autores afirmam que no sistema adotado pela Inglaterra e pelos Estados Unidos não há quesitos, os jurados simplesmente condenam ou absolvem o acusado. É o que assevera Rui Stoco, destacando, ainda, que o quesito genérico “não guarda empatia e perfeita aproximação com o sistema americano do *guilty or not guilty*” (STOCO, 2001, p. 227).

O sistema francês, por sua vez, adotado pelo Brasil no Código de Processo Penal em 1941, é o chamado sistema de questionário, em que os jurados são perguntados a respeito do fato criminoso e de suas circunstâncias. Não se questiona ao jurado se ele absolve ou condena

o réu; o resultado do julgamento é consequência das respostas às perguntas.

Mesmo com a negativa de Rui Stoco (2001), é fato que houve aproximação entre o quesito absolutório e o sistema norte-americano. Inclusive, em sua versão original, o projeto de reforma do Código previa a pergunta “os jurados condenam ou absolvem o acusado?”.

O fato de ter-se inserido o quesito genérico não significa a adoção do sistema norte-americano, porque não houve supressão dos quesitos referentes à materialidade e autoria (presentes no modelo francês), o que torna o atual sistema brasileiro híbrido.

## 2.2 Questionamentos na Aplicação

Apesar de aplaudido, porque realmente simplificou a votação das teses defensivas, o quesito absolutório tem gerado perplexidade em alguns aspectos de sua aplicação.

### 2.2.1 Várias Teses Defensivas

A acusação tem encontrado dificuldades na fundamentação do seu recurso quando a defesa sustenta várias teses e o réu é absolvido. Como os jurados não precisam fundamentar seus votos, a acusação não sabe qual das teses levantadas pela defesa foi acatada por eles.

Márcio Schlee Gomes (2008) assevera que, nesse caso, nem mesmo será possível ao Ministério Público recorrer da decisão, o que viola o princípio do contraditório, sendo o quesito inconstitucional:

A defesa, então, poderia alegar inúmeras teses, sem qualquer compromisso (pois não serão votadas as teses), havendo clara disparidade com a atuação certa da parte contrária, e, pior, absolvido o réu, mesmo que registradas as teses defensivas em ata de julgamento,

o Ministério Público não terá como “adivinhar” qual a tese que foi acolhida pelos jurados, muito menos o Tribunal de Justiça para eventual análise do recurso e definir se a decisão teria sido manifestamente contrária à prova dos autos. Simplesmente, o Ministério Público ficará sem possibilidade de recorrer no mérito da decisão do júri, em caso de absolvição, o que, não se pode negar, constitui FLAGRANTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, como bem frisa Mauro Viveiros (GOMES, 2008).

O jurista chega a afirmar que, como o Ministério Público está impedido de apelar, a soberania dos veredictos, nesse caso, seria absoluta, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Com a devida vênia, entende-se que não chega a haver violação ao princípio do contraditório, por haver meios de se recorrer da sentença. Com efeito, dispõe o art. 495, XIV, do Código de Processo Penal, que a ata de julgamento descreverá fielmente todas as ocorrências, mencionando obrigatoriamente os debates e as alegações das partes, com os respectivos fundamentos.

A descrição pormenorizada da ata de julgamento possibilita ao órgão acusador apontar quais as teses sustentadas pela defesa e combatê-las em seu recurso. Mesmo que o Ministério Público não possa “adivinhar” qual a tese (ou as teses) acolhida pelo Conselho de Sentença, não haverá óbice em atacar todas, já que a acusação sustentou a condenação em plenário. Isso significa que o *parquet* entende que o conjunto probatório do processo é suficiente para o decreto condenatório e, se há absolvição, será manifestamente contrária à prova dos autos.

O recurso de apelação, então, reveste-se de maior complexidade, se comparado ao sistema anterior, já que a acusação somente enfrentava o fundamento da absolvição. No entanto, não se pode afirmar que é impossível recorrer.

Na verdade, o Ministério Público tem a obrigação de refutar, na apelação, todas as teses ventiladas em plenário pela defesa, porque os jurados podem ter acatado teses distintas.

Inclusive, esse é outro aspecto criticado no quesito absolutório, em virtude da presença de várias teses de defesa. Antes da reforma processual, conforme assinalado acima, haveria tantos quesitos quantas fossem as teses defensivas, e, ainda, algumas teses eram desdobradas em vários quesitos. Com a reforma, o quesito absolutório abarca todas as teses alegadas pela defesa.

Supondo que a defesa sustente legítima defesa real e legítima defesa putativa, sendo que dois jurados acatam a primeira tese e outros dois jurados acolhem a segunda: no sistema anterior, o acusado seria condenado, porque em cada um dos quesitos (legítima defesa real e putativa), a votação ficaria 5x2 pela condenação.

Entretanto, no sistema atual, o réu é absolvido, porque a votação a respeito da absolvição é única, somando-se os votos dos jurados que acataram as teses ventiladas em plenário, o que resultaria na votação 4x3 pela absolvição. É o que se tem chamado de “falsa maioria”, já que, isoladamente, cada tese não alcançaria votos suficientes para absolver.

Contrapondo a essa crítica, escreve Amaury Silva (2009):

Compreendemos com outro ponto de vista o assunto, pois não ocorre qualquer afetação à isonomia de tratamento entre as partes, devido processo legal, paridade de armas e meios, contraditório ou soberania dos veredictos no Júri. Elegeu o legislador um caráter seletivo para alterar o procedimento de análise das teses defensivas absolutórias, salvo a negativa da autoria, a partir do quesito único, para aniquilar a “corrupção” e “distorção” técnica que os jurados faziam sobre questões jurídicas no sistema anterior, se esvaindo muitas vezes, a intenção do Conselho Popular na definição de excessos em excludentes de ilicitude, pronunciamento sobre causas de isenção de culpabilidade como inexigibilidade de conduta diversa, atuando o jurado em um perverso caminho de abordar matérias de direito de alta indagação e difícil subsunção ao caso concreto.

A opção do quesito único como já tive oportunidade de expor: racionaliza o meio de se auscultar a intenção popular, que derivada da íntima convicção, não se prende de modo crucial à conformidade legal ou jurídica, mas o senso maior de realização de justiça, caro ao povo e em grandes oportunidades, só materializável no Júri. Não importa por qual razão o jurado condena ou absolve, importante é se os meios de extração de sua vontade são aptos e condizentes com seu desiderato, autenticando-se de maneira não dúbia a opção por uma ou outra conclusão. É o que agora se possibilita com a centralização das postulações absolutórias em indagação isolada.

Associa-se a essa pontuação, a observação de que o resultado obtido mesmo no exemplo dado não pode ser rotulado de falsa maioria, que exige uma oposição à verdade, inexatidão ou algo infundado, o que acontece na verdade é uma maioria seletiva, com respaldo total no princípio da plenitude da defesa, já que a construção do resultado não deixa de ser retirada da proclamação do Júri, individualmente de cada menção que restou na visão de cada jurado como mais apta, outrossim, como decorrência lógica da pluralidade de teses defensivas, orientada pela plenitude da defesa. (SILVA, 2009).

Delmar Pacheco da Luz (2008) nem mesmo chega a suscitar a crítica da “falsa maioria”, pelo contrário, afirma que esse é o ponto positivo da reforma: “somar os votos de todos os jurados que entenderem justa a absolvição, independentemente da consideração do fundamento pelo qual chegaram a essa decisão”.

Concorda-se, em parte, com o pensamento dos autores, uma vez que em alguns casos o que se tem é realmente uma maioria falsa. Em muitos casos, a defesa alega várias teses, algumas contraditórias entre si, no afã de absolver o réu a qualquer custo. Se alguns jurados acolhem uma tese e outros acatam outra, obtendo maioria suficiente para absolver, não se pode ter essa maioria como verdadeira. Ou ocorreu uma situação ou outra, impossível ambas coexistirem no mesmo contexto fático.

Se, no entanto, as teses defensivas são convergentes e podem ser cumuladas, não há problemas em se somar os votos dos jurados que aderiram a cada uma delas.

### 2.2.2 A Negativa de Autoria como Única Tese da Defesa

O que tem trazido maior perplexidade na aplicação do quesito “O jurado absolve o acusado?” é a absolvição do réu quando a única tese defensiva sustentada em plenário é a negativa de autoria, após os jurados reconhecerem a autoria ao responder o segundo quesito.

De fato, é uma situação que causa espécie: a defesa, ao debater em plenário, se resume a afirmar que o réu não foi a pessoa que praticou o delito, nenhuma outra tese é aventada e os jurados, na sala secreta, reconhecem a materialidade no primeiro quesito e a autoria no segundo, mas absolvem no terceiro quesito.

Ora, se a única tese defensiva foi a negativa de autoria e ela foi refutada pelos jurados no segundo quesito, não há fundamentos para que os jurados absolvam o réu ao votar o quesito absolutório.

Essa indagação levou os profissionais atuantes no júri a começar a questionar a obrigatoriedade do quesito absolutório, já que, nesse caso (única tese de negativa de autoria), o quesito seria dispensável.

Edilson Mougenot Bonfim e Domingos Parra Neto (2009, p. 139), acompanhando a maioria da doutrina, afirmam que, do modo como está disposto o *caput* e o §2º do art. 483, não há dúvidas de que o quesito deve ser formulado aos jurados obrigatoriamente. Realmente, o verbo utilizado (“serão” no *caput* e “será” no §2º), numa primeira leitura, leva a essa conclusão.

Entretanto, aqueles que defendem não ser obrigatório o terceiro quesito, como Heráclito Antônio Mossin (2009, p. 376), afirmam que o verbo empregado no *caput* diz respeito à ordem em que os quesitos devem ser formulados e, no §2º, à redação do quesito. Portanto, o que seria obrigatório é a ordem de quesitação (materialidade, autoria e sobre absolvição) e a redação do terceiro quesito, que necessariamente será “O jurado absolve o acusado?”.

Independentemente de como se interpreta a redação dos dispositivos, certo é que antes da alteração legislativa, se a defesa alegasse apenas negativa de autoria, os quesitos se limitariam à materialidade, à letalidade e à autoria, conforme se infere do antigo art. 484, acima transcrito. Por razões óbvias, não se questionaria a respeito de atipicidade, causas excludentes de ilicitude e culpabilidade.

Já que o quesito absolutório veio para substituir todos os antigos quesitos que versavam sobre as teses absolutórias, com exceção da negativa de autoria, nada mais natural que ele seja dispensado pelo magistrado na sala secreta, caso os jurados tenham respondido “sim” a respeito da materialidade e da autoria.

Com efeito, a obrigatoriedade do quesito absolutório nesse caso é ilógica. No antigo sistema, era fácil visualizar o não questionamento de teses não alegadas, porque os quesitos seriam específicos e, muitas vezes, desdobrados. Agora, pelo fato de o quesito ser genérico, sua aplicação está ocorrendo de forma indiscriminada, o que se deve repudiar. Não há diferença entre uma situação e outra.

Inclusive, o próprio Rui Stoco ([2008?], p. 228), ao escrever sobre o quesito, afirma que “apenas as teses efetivamente defendidas pelas partes é que estarão subentendidas nas respostas aos quesitos, pois são eles que congregam tais teses”. Exemplifica, ainda, que o excesso punível só será considerado na resposta do quesito absolutório se a acusação expressamente invocá-lo.

A 6ª Turma do STJ, entretanto, possui uma decisão no sentido de ser o quesito genérico obrigatório:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. INTERROGATÓRIO. FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS DE FORMA ALEATÓRIA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. APELAÇÃO NO JÚRI. DEVOLUTIVIDADE RESTRITA.

PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE QUESITO GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO (INCISO III, ART. 483, DO CPP). SÚMULA 156/STF. NULIDADE ABSOLUTA. RECONHECIMENTO.

[...]

4. por outro lado, relativamente à ofensa ao art. 483 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº. 11.689/08, apesar de a questão não ter sido enfrentada na origem, a ordem deve ser conhecida, por se tratar de nulidade absoluta.

5. nos termos do § 2º do artigo 483 do CPP, reconhecida a autoria e a materialidade pelo conselho de sentença, deve-se indagar, obrigatoriamente, se “o jurado absolve o acusado?”. trata-se, pois, de quesito genérico de absolvição, que deve ser formulado independente das teses defensivas sustentadas em plenário.

[...]

8. entretanto, mantido o crime doloso contra a vida, o terceiro quesito não foi formulado pelo juiz presidente, conforme reza o art. 483, iii, § 2º, do código de processo penal.

9. cuida-se de quesito obrigatório, cuja ausência de formulação induz à nulidade absoluta do julgamento, mesmo que a tese defensiva tenha repercussão diversa da absolvição, atraindo, assim, a incidência da Súmula nº 156/STF.

[...] (STJ, HC 137710/GO, 6ª Turma, Rel. Min. OG Fernandes, DJ 21.2.2011).

Há quem alegue que, como o quesito é genérico, o jurado pode absolver por qualquer motivo, mesmo aquele não ventilado em plenário – inclusive clemência. Manoel Torralbo Gimenez Júnior (2008), após brilhantemente correlacionar direito e justiça, invocando a relatividade da soberania dos veredictos baseada no direito à igualdade e à inviolabilidade da vida, afasta a possibilidade de absolvição por clemência:

De todo o analisado, chega-se à conclusão que os jurados devem julgar a causa que lhes for submetida com respeito à inviolabilidade do direito à vida, à igualdade dos cidadãos perante a lei – consagrados constitucionalmente -, com imparcialidade, de acordo com suas consciências e os ditames da justiça, além de não poder ser essa decisão manifestamente contrária à prova dos autos. (GIMENEZ JUNIOR, 2008).

Desse modo, entendo não poderem os jurados julgar movidos por sentimentos de piedade, indulgência ou clemência. Se assim o fizerem, estarão, incontestavelmente, desrespeitando o direito à vida e à igualdade dos cidadãos perante a lei, bem como serão parciais, injustos e desrespeitarão, de forma manifesta, as provas constantes do processo (GIMENEZ JUNIOR, 2008).

Com razão o citado autor. É sabido que o procedimento do júri possui muitas peculiaridades se comparado ao procedimento dos outros crimes, em especial no que se refere à decisão de mérito. No procedimento comum, o juiz deve fundamentar a sentença com base nas provas produzidas no processo. Por outro norte, os jurados não são obrigados a fundamentar seus votos, baseados em suas consciências e nos ditames da Justiça.

Porém, quando o jurado absolve por clemência, mesmo com provas robustas da autoria e da materialidade, está ferindo o princípio da igualdade. Isso porque o juiz não tem essa prerrogativa quando julga no procedimento comum. Por que o autor de um homicídio pode receber clemência e o autor de um latrocínio não? Como bem ressaltado, essa decisão assegura a absolvição do acusado (e não há dúvidas de que é culpado) em detrimento da inviolabilidade do direito à vida da vítima, o que é injusto e desproporcional.

Não se pode olvidar, ainda, que uma absolvição por clemência fere o artigo 93, IX, da Constituição de 1988, segundo o qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas. O fato de os jurados não terem de justificar seus votos não significa dizer que eles são ilimitados e podem decidir sem qualquer parâmetro. Caso a decisão seja manifestamente contrária à prova dos autos, o Tribunal anulará o julgamento e submeterá o réu a novo júri, demonstrando que a soberania dos veredictos não é absoluta.

Afastada a possibilidade de absolvição por clemência, duas soluções são apontadas para o caso em que o réu é absolvido na resposta ao terceiro quesito quando a única tese de defesa é a negativa de autoria, mas esta foi reconhecida.

A primeira delas, já descrita acima, afirma que o quesito absolutório não deve ser formulado, nos termos do art. 490, parágrafo único, do CPP, já que nenhuma tese além da negativa de autoria foi aventada em plenário.

Outra solução que vem sendo sugerida pela doutrina é a formulação do quesito absolutório, mas, caso os jurados respondam em sua maioria “sim”, deve ser aplicado o *caput* art. 490 do CPP, que dispõe:

Art. 490. Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referem tais respostas.

Ou seja, o juiz presidente explicaria aos jurados que houve uma contradição e repetiria a votação do segundo e terceiro quesitos. O juiz presidente não pode repetir somente o terceiro quesito, porque induziria a resposta dos jurados. Para saber qual é realmente a vontade dos jurados, devem-se repetir os dois quesitos.

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que pese não tenha adentrado com profundidade no mérito, por se tratar de *Habeas Corpus*, manteve o acórdão do TJRJ que anulou o julgamento devido à contradição existente:

HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO POR HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, II E VI DO CPB). ABSOLVIÇÃO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. REFORMA DA DECISÃO PELO TRIBUNAL A QUO, COM A DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO. PRECLUSÃO DA PRETENSÃO DEDUZIDA PELO PARQUET

ESTADUAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONTRADIÇÃO NAS RESPOSTAS DOS QUESITOS FORMULADOS. RECONHECIMENTO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA, HAVENDO, CONTUDO, A ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE, SENDO QUE A NEGATIVA DE AUTORIA FOI A ÚNICA TESE FORMULADA PELA DEFESA. ART. 490 DO CPP. NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO MAGISTRADO, TODAVIA NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. O tema relativo à preclusão da matéria deduzida pelo *Parquet* estadual em sede de apelação – contradição entre quesitos, com a nulidade do julgamento – não foi submetido à apreciação do Tribunal a *quo*, consubstanciando sua análise, nesta Corte Superior, inadmissível supressão de instância.

2. Submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, restou o paciente absolvido, nada obstante o Conselho de Sentença ter reconhecido que as lesões descritas no laudo foram a causa da morte e ter o paciente agido de forma livre e consciente, com vontade de matar, quando desferiu os golpes com instrumento contundente (faca) contra a vítima.

3. *In casu*, a única tese defensiva foi a de negativa da autoria, conforme consignado na ata de julgamento. Assim sendo, conforme registrou o aresto combatido, a resposta positiva ao quesito relativo à absolvição do réu surge contraditória com o reconhecimento da autoria.

4. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada. (STJ, HC158933/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 16.11.2010).

Muitos juízes resistem na aplicação do art. 490 do CPP, por não vislumbrarem contradição nesse caso. Não resta alternativa ao Ministério Público senão apelar por decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

E os Tribunais pátrios têm decidido de maneira divergente ao ser provocados, como será abordado no próximo capítulo.

### 3 Precedentes dos Tribunais de Justiça de Diversos Estados Brasileiros Aplicando o Quesito Absolutório

Ao analisar os julgamentos proferidos pelos Tribunais de Justiça de diversos estados brasileiros a respeito do quesito absolutório, nota-se que há posições conflitantes não só entre os Tribunais, como também dentro dos próprios Tribunais.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), por exemplo, possui precedente no sentido de ser obrigatório o quesito, independentemente das teses ventiladas pela defesa, bem como no sentido de nulidade absoluta, quando há absolvição e a única tese defensiva é a negativa de autoria, rejeitada no segundo quesito:

PENALE PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. RECURSO DO MP. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. QUESITO OBRIGATÓRIO.

1. A presença do quesito obrigatório da absolvição do acusado nos moldes do artigo 483, inciso III do código de processo penal, demonstra a intenção do legislador em ratificar os princípios constitucionais da presunção de inocência e da soberania dos veredictos. Caso a acusação não traga fortes elementos de convicção acerca da necessidade de condenação do acusado, os jurados devem absolvê-lo ao responder o citado quesito obrigatório, não ficando adstrito, no particular, às teses defensivas apresentadas.

2. Apelação não provida. (TJDFT, Acórdão nº 408513, 2ª Turma Criminal, Rel. Des. João Timóteo de Oliveira, DJ 8.4.2010).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. JÚRI. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. Não se pode falar de preclusão quando se cuida de nulidade absoluta e demonstrado efetivo prejuízo para a acusação, eis que, com a formulação do terceiro quesito e a resposta afirmativa a ele, resultou a absolvição do acusado, em flagrante contradição com os quesitos anteriores.

Ultrapassados os quesitos atinentes à materialidade e autoria, decidindo o conselho de sentença que o réu fora o autor do crime de homicídio, não haveria razão para prosseguir no questionário, eis que a tese única da defesa fora a negativa de autoria. Como, todavia, o juiz presidente optou pelo prosseguimento, chegou-se à resposta afirmativa ao terceiro quesito (“o jurado absolve o acusado?”) esta

resposta entrou em manifesta contradição com os anteriores. Caberia, destarte, ao juiz presidente, conforme o *caput* do artigo 490, explicar aos jurados em que consistia a contradição, e submeter novamente os quesitos à votação, oportunidade em que teriam os jurados liberdade para julgar como lhes aprouvesse, eis que a única tese defensiva foi a negativa de autoria, não havendo outra argumentação absolutória. É absoluta a nulidade inerente à contradição nas respostas aos quesitos. Prescreve o parágrafo único do artigo 564: “ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas”. E o artigo 572, ao referir as nulidades constantes do artigo 564 que podem ser sanadas, não inclui a do seu parágrafo único. Se não pode ser sanada, não é relativa, é absoluta. Precedentes do STF e STF. Adite-se que a nulidade, na espécie, influiu na decisão da causa, porque foi a resposta contraditória aos quesitos que determinou a absolvição do acusado.

Recurso do ministério público provido. Julgamento anulado. (TJDFT, acórdão nº 449399, 1ª turma criminal, rel. Des. Mário Machado, DJ 9.9.2010).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) possui julgamentos contraditórios a respeito da íntima convicção dos jurados – um afirma que ela não está adstrita a nenhuma tese de defesa, outro assevera que está limitada às teses de defesa:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – NULIDADE DO JULGAMENTO – CONTRADIÇÃO ENTRE AS RESPOSTAS DOS QUESITOS – ABSOLVIÇÃO – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE CONVICÇÃO APTOS A CORROBORAR A TESE DA DEFESA – SOBERANIADO VEREDICTO – REJEITADAS AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS.

1. Mesmo reconhecendo a autoria do crime quanto a um dos agentes, pode o Conselho de Sentença absolvê-lo, ainda que a defesa não tenha manifestado outra tese senão a de negativa de autoria, pois os Jurados decidem por sua íntima convicção, sendo-lhes possível, inclusive, absolver o réu por motivo não alegado pela defesa. 2. Da mesma forma, não há qualquer contradição em relação aos demais réus, para os quais os Jurados afastaram qualquer participação na empreitada delitiva, restando, inclusive, prejudicado o quesito se o jurado absolve o acusado. 3. Inadmissível a cassação do veredicto do Tribunal do Júri - que absolveu um dos agentes e afastou a participação dos demais no

crime - por manifestamente contrário à prova dos autos quando existam nos autos provas aptas a corroborá-lo. 4. A cassação da decisão do Corpo de Jurados por esse fundamento somente se justifica caso ela se dissocie de todas as provas colhidas, mostrando-se arbitrária e desarrazoada. 5. A soberania do Conselho de Sentença impede que se avalie o mérito das provas (se a opção dos Jurados foi ou não a melhor), bastando que sua decisão se apoie em elementos de convicção existentes nos autos. 6. Rejeitadas as preliminares de nulidade do julgamento e, no mérito, negado provimento aos recursos. (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0520.03.001302-0/004, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Jane Silva, DJ 19.1.2010).

EMENTA: JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGAMENTO. PROCEDÊNCIA. TESE ÚNICA DE NEGATIVA DE AUTORIA. TESE REPELIDA PELOS JURADOS. ABSOLVIÇÃO NO QUESITO GENÉRICO. CONTRADIÇÃO NAS RESPOSTAS. AUSÊNCIA DE OUTRA TESE DEFENSIVA CONDUCENTE À ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO. JULGAMENTO ANULADO. NOVO JULGAMENTO ORDENADO. Sendo a negativa de autoria a única tese de defesa – e da autodefesa – e tendo o Conselho de Sentença reconhecido o acusado como autor do homicídio na votação de quesito anterior, a absolvição posterior, na votação do quesito defensivo genérico, importa em flagrante contradição nas respostas. Conquanto os jurados julguem por íntima convicção, estão jungidos às teses defensivas debatidas em plenário, ou emergentes dos interrogatórios do réu. Tal contradição está a impedir a aferição da real vontade dos Jurados, o que contamina de nulidade absoluta o julgamento, nos termos do parágrafo único do artigo 564 do Código de Processo Penal (Precedente do TJMG). (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0024.98.083226-5/002, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Herculano Rodrigues, DJ 28.5.2010).

O mesmo ocorre no Tribunal de Justiça de São Paulo:

[...] 2. No vigente contexto processual do Júri (cf. art. 483 do CPP), na redação da Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, ao Conselho de Sentença incumbe resolver, antes e acima de qualquer outra discussão, sobre a existência da materialidade da situação fática homicídio (inciso I do articulado em pauta) e a respeito da autoria do delito contra a vida (inciso II do mesmo artigo). Uma vez respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) dos Senhores Jurados os quesitos relativos aos referidos incisos I e II, haver-se-á de indagar: “O Jurado absolve o acusado?” (cf.

art. 483, § 2º, do CPP).

Perceba-se: não se questiona esta ou aquela tese adrede debatida durante o julgamento da causa. É quesito obrigatório e ponto. Disso resulta, então, que, quer se queira ou não, até por clemência, por piedade, por bondade ou algo semelhante, os Senhores Jurados estão aptos para o exercício da absolvição. Na atualidade, para os fins absolutórios, não se lhes exige, por consequência, qualquer vinculação temática com esta ou aquela proposição da defesa técnica resultante dos debates em Plenário de julgamento, como era feito no passado recente (cf. art. 484, inc. III, do CPP, em sua originária redação). Àquela época, bem ao reverso do que hoje acontece, os quesitos haveriam de observar a seguinte regra: “se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente ou ilicitude”.

Se assim é – e pensa-se seja mesmo –, hoje, quando os Julgadores do Povo, no exercício da soberania (cf. art. 5º, inc. XXXVIII, alínea “c”, da CF), deliberam - certa ou erradamente, não importa se isso ou aquilo – absolver o réu, recepcionando, à maioria de votos, a resposta “sim” ao quesito em comento, ao Juiz Presidente do Júri outra coisa não resta fazer senão curvar-se ao veredicto popular. Não pode, por exemplo, evidenciar um eventual desatino entre a tese defensiva e a proclamada absolvição. Afinal de contas, nesse particular aspecto, deixou de existir aquele estreito vínculo entre a argumentação defensiva e o questionário submetido aos Jurados. Agora, só demandam quesitos específicos sobre certas alegações da defesa nas exclusivas hipóteses delineadas no art. 483, §§ 3º, 4º e 5º, do CPP, ora atreladas à causa de diminuição de pena, ora ligadas à desclassificação delitiva, ora atadas à ocorrência de crime tentado ou à divergência acerca da exata tipificação do crime imputado. Nada, além disso. (Habeas Corpus nº 990.09.151563-9 – Comarca de São Paulo – 7ª Câmara de Direito Criminal – Rei. Sydney de Oliveira Jr. DJ. 17.9.2009).

A defesa alegou em plenário apenas tese de negativa de autoria. Não se entende, daí, por que razão os jurados resolveram absolver a sentenciada. A contradição é manifesta e inexplicável, o que torna nula a decisão, nos termos do que dispõe o artigo 564, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

Havendo conflitantes manifestações dos jurados, ocorre sem dúvida nulidade, que no caso é absoluta, por força do art. 564, parágrafo único do nosso código adjetivo, não havendo necessidade de ser reclamada

pela parte. (TJSP, Trecho do voto do relator no Recurso de Apelação n. 990.09.164512-5, 9ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Souza Nery, DJ 19.1.2010).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul possui decisões que afastam a aplicação do art. 490 do CPP, por entender que não há contradição nas respostas dos jurados ao reconhecer a autoria e absolver o acusado, uma vez que podem decidir baseados em clemência ou por qualquer outra razão desconhecida.

O Tribunal de Justiça de Goiás, por sua vez, anulou julgamento em que o juiz presidente deixou de formular o quesito genérico quando a única tese defensiva era a negativa de autoria, tendo os jurados reconhecido materialidade e autoria. O fundamento foi a obrigatoriedade da formulação do quesito, porque os jurados não estão atrelados às teses apresentadas em plenário pela defesa. E, no julgamento de outro recurso, anulou o julgamento em que o magistrado reformulou o quesito absolutório, ao apontar a contradição existente nas respostas dos jurados que reconheceram a autoria, mas absolveram, não obstante ser essa a única tese. O Tribunal entendeu que houve violação à soberania dos veredictos, já que os jurados não precisam fundamentar seus votos, julgando de acordo com suas consciências.

O Tribunal de Justiça do Paraná julgou manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que absolveu o réu, sendo a única tese a negativa de autoria, mas ela foi rechaçada no segundo quesito. Segundo o acórdão, a absolvição foi destituída de fundamento jurídico, porque não havia tese defensiva a respaldar tal decisão.

Por essa amostra, extrai-se que enquanto não houver pacificação do tema no Superior Tribunal de Justiça (STJ), os tribunais continuarão divergentes no julgamento do tema.

## Conclusão

As reformas trazidas pela Lei nº 11.689/2008 foram importantes para adequar o procedimento do júri à Constituição de 1988, que consagrou princípios como o do contraditório e o da ampla defesa, da presunção de inocência, da excepcionalidade da prisão cautelar e, mais recentemente, o da celeridade dos processos.

Não há dúvidas, também, que a inserção do quesito “O jurado absolve o acusado?” sanou a maior fonte de nulidades no júri, a extensa quesitação baseada no modelo francês.

Entretanto, a aplicação do quesito genérico tem trazido perplexidade ao órgão de acusação, que se depara com a absolvição do réu sem saber qual tese sustentada pela defesa em plenário foi acatada.

Além de poder ser uma absolvição obtida por meio de “maioria falsa” (quando as teses são contraditórias e, separadamente, não alcançariam maioria dos votos), há dificuldade na elaboração do recurso de apelação, porque todas as teses terão de ser atacadas.

A maior dificuldade enfrentada pelo Ministério Público ocorre quando a defesa sustenta apenas a tese de negativa de autoria, os jurados a refutam ao responder o quesito sobre autoria, mas absolvem no quesito genérico. Alguns defendem que, nesse caso, o quesito não deveria ser formulado, porque prejudicado. Apesar de a 6ª Turma do STJ ter decidido por sua obrigatoriedade, o tema ainda não é pacífico.

Outra solução, aceita *a priori* pela 5ª Turma do STJ, é a aplicação do art. 490 do CPP, em que o juiz, ao notar a contrariedade das respostas dos jurados, reformula os quesitos da autoria e da absolvição.

Demonstrou-se que os Tribunais brasileiros têm proferido decisões divergentes a respeito do tema, inclusive internamente. Independentemente da medida a ser adotada (não quesitar ou aplicar o

art. 490 do CPP), o importante é que a decisão dos jurados seja baseada nas provas carreadas nos autos e nos debates em plenário. Portanto, se a única tese defensiva foi a negativa de autoria e os jurados não a acolheram, não há razão para que o réu seja absolvido.

Frise-se que o objetivo do quesito absolutório foi simplificar, e não criar uma hipótese de absolvição por clemência ou por qualquer outro motivo. Isso fere o princípio da igualdade, da inviolabilidade do direito à vida e da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais.

Como todo direito e garantia num Estado Democrático de Direito, a soberania dos veredictos não é absoluta, encontrando limites nas provas produzidas no processo. A resposta ao quesito absolutório deve ser baseada nessa premissa.

### **Acquitting Question: Controversial Aspects Brought by Law 11.689/2008**

**Abstract:** The present work analyzes the changes introduced by Law 11.689/2008, which changed the jury procedure, focusing on the inclusion of a generic acquitting question during the trial. Through a brief historical approach of the european and brazilian's jury, this work compares the procedure originally presented by the 1941's Criminal Procedure Code and how it behaves nowadays. Especially on the generic acquitting question, the article reports the challenges faced by the prosecutor, mostly when the defendant simply denies his guilty, argument which is not totally accepted by the jury, but it results to his acquittal. At that moment, the obligatoriness of the generic acquitting question, should be discussed. This work gathers precedents of several Brazilian state courts which serve as a guide, until the Brazilian Superior Justice Court (STJ) pacifies the discussion.

**Keywords:** Jury. Acquitting question. Application.

### **Referências**

ANSANELLI JUNIOR, Ângelo. O tribunal do júri e a soberania dos veredictos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. Tribunal do júri e soberania popular. 2007. 240 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot; NETO, Domingos Parra. O novo procedimento do júri: comentários à Lei n. 11689/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 20 out. 2010.

BRASIL. Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal, relativos ao tribunal do júri, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm)>. Acesso em: 20 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Não conhecimento do Recurso Extraordinário. Recurso Extraordinário n. 559742/SE. Marcelo da Silva Santos e Ministério Público do Estado de Sergipe. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 28 out. 2008. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, v. 2344-04, p. 860, dez. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Concessão de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 137710/GO. Janaína Cordeiro Campos Ribeiro e Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Ministro Og Fernandes. 16 dez. 2010. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 21 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Não concessão de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 158933/RJ. Matusalém Lopes de Souza e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 21 out. 2010. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 16 nov. 2010.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Não provimento da Apelação. Acórdão nº 408513. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Abraão de Jesus Ferreira. Relator: Desembargador João Timóteo. 25 fev. 2010. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, p. 344, 8 abr. 2010.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Provimento da Apelação. Acórdão nº 449399. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Jorge Santana Chaib. Relator: Desembargador Mário Machado. 09 set. 2010. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, p. 165, 5 out. 2010.

FRANCO, Alberto Silva; MARREY, Adriano; STOCO, Rui. Teoria e prática do júri. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOIÁS (Estado). Tribunal de Justiça. Concessão de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 200994430825. Alex Neder e Tribunal do Júri da Comarca de Goiás. Relator: Desembargador José Lenar de Melo Bandeira. 15 dez. 2009. Diário da Justiça eletrônico, Goiás, DJ 505, 25 jan. 2010.

GOIÁS (Estado). Tribunal de Justiça. Provimento da Apelação. Apelação nº 20094078650. Luciano Nunes Ferreira e Ministério Público do Estado de Goiás. Relatora: Desembargadora Nelma Branco Ferreira Perilo. 11 mar. 2010. Diário da Justiça eletrônico, Goiás, DJ 546, 25 mar. 2010.

GOMES, Márcio Schlee. A inconstitucionalidade da quesitação na reforma do júri: arts. 482 e 483 da lei nº 11.689/08. [Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1874, 2008]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11616>>. Acesso em: 21 out. 2010.

GIMENEZ JUNIOR, Manoel Torralbo. Tribunal do júri: o quesito absolutório e a tese exclusiva de negativa de autoria. [Maranhão: AMPÉM, 2008]. Disponível em: <[http://www.confrariadojuri.com.br/artigos/artigos\\_view2.asp?cod=45](http://www.confrariadojuri.com.br/artigos/artigos_view2.asp?cod=45)>. Acesso em: 20 set. 2010.

LUZ, Delmar Pacheco da. Tribunal do júri: a nova quesitação. [S.l.: LFG, 2008]. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 21 out. 2010.

MARQUES, Jader. Tribunal do júri: considerações críticas à Lei 11.689/08. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Não provimento da Apelação. Apelação Criminal nº 1.0520.03.001302-0/004. Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Euroqueu Lima de Souza e outros. Relatora: Desembargadora Jane Silva. 10 nov. 2009. Diário da Justiça eletrônico, Minas Gerais, 19 jan. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Provimento da Apelação. Apelação Criminal nº 1.0024.98.083226-5/002. Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Anderson de Paula Mendes. Relator: Desembargador Herculano Rodrigues. 6 mai. 2010. Diário da Justiça eletrônico, Minas Gerais, 28 mai. 2010.

MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOSSIN, Heráclito Antônio. Júri: crimes e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NASSIF, Aramis. O novo júri brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do júri. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional. Curitiba: Juruá, 2010.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Provimento da Apelação. Apelação nº 0603868-6. Ministério Público do Estado do Paraná e Claudinei Barbosa de Sousa. Relator: Desembargador Oto Luiz Sponholz. 11 mar. 2010. Diário da Justiça eletrônico, Goiás, DJ 363.

REIS, Fernando Antônio Calmon. Júri: pequenas observações históricas sobre um instituto ainda não compreendido. [2010]. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=&categoria=>](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=>)>. Acesso em: 06 fev. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Não provimento da apelação. Apelação nº 70037666260. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Valmir Paes. Relator: Desembargador Marcel Esquivel Hoppe. 1 set. 2010. Diário da Justiça eletrônico, Rio Grande do Sul, 4 out. 2010, p. 87.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Não provimento da apelação. Apelação nº 70037433463. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Antônio Alex da Silva Porto. Relator: Desembargador Marcel Esquivel Hoppe. 4 ago. 2010. Diário da Justiça eletrônico, Rio Grande do Sul, p. 102, 31 ago. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Concessão de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 990.09.151563-9. Ludmila de Vasconcelos Leite Groch e outros e Primeiro Tribunal do Júri de São Paulo. Relator: Desembargador Sydnei de Oliveira Jr. 17 set. 2009. Diário da Justiça eletrônico, São Paulo, 15 out. 2009.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Concessão de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 990.09.151563-9. Ministério Público do Estado de São Paulo e Thaís de Souza Oliveira. Relator: Desembargador Souza Nery. 17 dez. 2009. Diário da Justiça eletrônico, São Paulo, 19 jan. 2010.

SILVA, Amaury. Tribunal do júri: quesitos e maioria seletiva. [2009]. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/35-direitopenal/3649>>. Acesso em: 21 out. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Tribunal do júri: símbolos e rituais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STOCO, Rui. Tribunal do júri e o projeto de reforma de 2001. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 9, n. 36, p. 191-236,

out./dez. 2001.

STOCO, Rui. Os quesitos no procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri (Lei nº 11.689, de 09.06.2008, que alterou dispositivos do código de processo penal). *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 56, n. 369, p. 121-126, jul. 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal comentado, 2. São Paulo: Saraiva, 1996.

TUBENCHLAK, James. Tribunal do Júri: contradições e soluções. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 4.

TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri: estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

---

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

RABELO, Livia Cruz. Quesito absolutório: aspectos polêmicos trazidos pela lei 11.689/2008. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 5, p. 239-277, 2011. Anual.

---

**Submissão:** 29/7/2011

**Aceite:** 20/10/2011



---

# Peças Processuais

---



---

## **Ação de Usucapião - Processo nº 2010.01.1.144172-7**

Autor: E.L.S

Ré: FIBRAL – Frigorífico Industrial de Brasília Ltda.

**Ementa:** Usucapião especial de imóvel urbano. Artigo 183 da CF/88 e artigo 10 da Lei nº 10.257/2001. Necessidade de cumprimento da função social da propriedade urbana – observância das exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor – área situada em loteamento clandestino – impossibilidade de abertura de matrículas individualizadas no registro de imóveis sem a prévia regularização urbanística e ambiental do parcelamento.

Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara de Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal:

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por intermédio da 1ª Promotoria de Justiça de Defesa da Ordem Urbanística, em atenção ao despacho de fls. 121, vem se manifestar na forma que segue.

### **1 Breve Relato do Caso**

Cuida-se de ação de usucapião extraordinária proposta por E. L. S. em face de FIBRAL – FRIGORÍFICO INDUSTRIAL DE BRASÍLIA LTDA., objetivando a declaração de domínio do imóvel denominado “lote 23, do Módulo A, Quadra 52, casa 23, do Condomínio Residencial Fibril, Sobradinho – DF”.

A despeito do *nomen iuris* atribuído à causa, o pedido também está fundamentado no artigo 183 da Constituição Federal, que institui a denominada usucapião especial de imóvel urbano.

Os autos tramitaram pela 2ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Sobradinho e posteriormente houve declinação da competência

para a Vara de Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal (fls. 93), com fundamento no artigo 34 da Lei nº 11.697/2008.

## **2 Da Competência do Juízo da Vara de Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do DF**

A Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal (Lei nº 11.697, de 13.6.2008), ao dispor sobre a competência da Vara de Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário, assim estabelece:

Art. 34. Compete ao Juiz da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário processar e julgar todos os feitos que versem sobre o meio ambiente natural, urbano e cultural, inclusive as questões relacionadas à ocupação do solo urbano ou rural e ao parcelamento do solo para fins urbanos, excetuadas as ações de natureza penal.

Parágrafo único. Passarão à competência do Juiz da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário os feitos em curso nas Varas Cível e de Fazenda Pública do Distrito Federal, relacionados com as matérias indicadas no caput deste artigo.

A Resolução n.º 3, de 30 de março de 2009, do TJDF, por sua vez, dispôs, no art. 2º, que incluem na competência da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal, ressalvada a competência da Justiça Federal, as causas relativas ao “meio ambiente natural”, compreendendo a flora, a fauna, os recursos hídricos, o solo, o subsolo, os recursos minerais e a atmosfera; as causas relativas ao “meio ambiente urbano”, compreendendo os espaços urbanos, edificados ou não, destinados ao uso público, tais como ruas, praças, áreas verdes, áreas de lazer, etc.; as causas relativas ao “meio ambiente cultural”, compreendendo obras do engenho humano ou resultantes da força da natureza, envolvendo o patrimônio arqueológico, paisagístico, turístico, histórico, artístico, urbanístico e ecológico; as causas relativas

à “ocupação do solo urbano ou rural”, assim entendidas as questões fundiárias e agrárias de interesse público ou de natureza coletiva, e as causas relativas ao parcelamento do solo para fins urbanos.

Dessa forma, nem todas as ações de usucapião em trâmite nas Varas Cíveis e de Fazenda Pública do Distrito Federal são passíveis de redistribuição para a Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário, mas somente aquelas de natureza coletiva – usucapião especial previsto no artigo 10 da Lei nº 10.257/2001 – ou que envolvam interesse público.

De outra parte, a medida do que seria interesse público a justificar a competência da Vara do Meio Ambiente pode ser extraída do artigo 3º da mencionada Resolução nº 3/2009, segundo o qual permanecem sob a competência das Varas Cíveis e da Fazenda Pública as causas em que o “meio ambiente” não integrar o próprio objeto da ação; as causas em que questões relativas ao “meio ambiente” sejam de caráter meramente incidental e as ações petórias e possessórias entre particulares, ou entre entes públicos e particulares, que não tenham reflexos ambientais e que não envolvam interesse público direto (art. 3º).

Note-se que nem mesmo a circunstância de figurar na relação processual pessoa jurídica de direito público bastaria para deslocar a competência para a Vara de Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário, de modo que o interesse público exigido na espécie deve ser entendido como interesse público primário (bem geral, interesse social, coletividade, interesses difusos e outros)

No caso dos autos, não há dúvidas de que o imóvel usucapiendo está localizado em parcelamento irregular – “Condomínio Fibril”, situado na Região Administrativa de Sobradinho II”, em terras não desapropriadas, segundo informações da TERRACAP de fls. 62/68.

Tal circunstância, aliás, fundamentou a declinação da competência em favor desse Juízo.

Dessa forma, é forçoso admitir que eventual reconhecimento da prescrição aquisitiva em favor do autor poderá trazer reflexos para a regularização fundiária e urbanística da área, mesmo em se tratando de imóvel particular, de modo que a Vara de Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal é competente para apreciar e julgar o feito.

### **3 Do Julgamento Conforme o Estado do Processo**

O artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de o juiz conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

É o caso dos autos, em que questão de direito impede o reconhecimento do direito do autor, conforme se demonstrará a seguir.

Embora haja divergências sobre a matéria, entende-se que a situação dos autos não comporta o indeferimento da inicial por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do artigo 295, inciso I, c/c. parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil, a ensejar a extinção do processo sem resolução de mérito, porquanto o que ora se questiona é a possibilidade de usucapião especial urbano em área de parcelamento irregular, questão essa que se confunde com o próprio mérito da ação.

## 4 Do Mérito

### 4.1 Da Usucapião Especial de Imóvel Urbano em Área de Parcelamento Irregular

Consoante já relatado, pretende o autor o reconhecimento do domínio de imóvel urbano de 200m<sup>2</sup>, localizado em parcelamento irregular situado em área de propriedade particular, com fundamento no artigo 182 da Constituição Federal.

O citado dispositivo constitucional prevê que “aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

Entretanto, ante a inexistência de antinomias entre normas constitucionais, o reconhecimento da usucapião especial de imóvel urbano – denominação dada ao instituto pela Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) – há de ser feito em harmonia com o disposto no artigo 5º, inciso XXIII, e no artigo 182, ambos da CF/88, que estabelecem:

Art. 5º

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social

[...]

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

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor

[...]

Ao discorrer sobre o tema, Sérgio Ferraz (2010)<sup>1</sup> anota que “[...] o constituinte, inovadoramente, estatuiu que a propriedade urbana só cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor (art. 182 e seu § 1º)”. A partir daqui, toda uma nova cultura jurídica se estabelece, panorama no qual, dentre outras consequências, se pode, desde já, assentar algumas que são fundamentais. Assim:

a) o interesse pessoal do proprietário urbano, ainda que legítimo e legal, não mais se sobrepõe ao interesse coletivo – função social da propriedade –, como definido no plano diretor;

b) com isso, abre-se margem bem mais expressiva às intervenções do Poder Público, inclusive para atenuar os impactos da especulação imobiliária e para ampliar a efetividade das iniciativas de reordenação saudável da cidade;

c) por último, o profissional do Direito, do advogado ao juiz, do legislador ao administrador, terá de reformular seus arquétipos, abrindo-os para que sejam permeáveis, como critério de elaboração das normas, de sua interpretação e de sua aplicação, à ideia-força de função social da propriedade”.

No mesmo sentido, a lição de José Afonso da Silva (2010)<sup>2</sup>:

É em relação à propriedade urbana que a função social, como preceito jurídico-constitucional plenamente eficaz, tem seu alcance mais intenso de atingir o regime de atribuição do direito e o regime de seu exercício. Pelo primeiro cumpre um objetivo de legitimação, enquanto determina uma causa justificadora da qualidade de proprietário. Pelo segundo realiza um objetivo de harmonização dos interesses sociais e dos privativos de seu titular, através da ordenação do conteúdo do direito.

---

1 FERRAZ, Sérgio. Usucapião Especial. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 140.

2 SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 77.

Bem expressiva nesse sentido é a lição de Spantigatti, tendo em vista o art. 3º da Constituição Italiana, segundo o qual a função social da propriedade urbana “constitui um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que orienta a utilização do bem e predetermina seus usos, de sorte que se pode obter, nos modos de vida e nas condições de moradia dos indivíduos, um desenvolvimento pleno da personalidade. Nesta construção está claro que o interesse do indivíduo fica subordinado ao interesse coletivo por uma boa urbanização, e que a estrutura interna do direito de propriedade é um aspecto instrumental no respeitante ao complexo sistema da disciplina urbanística.

Essas considerações põem de manifesto o alcance que o princípio da função pública do urbanismo, pressuposto da função social nesse âmbito, tem em relação ao direito de propriedade privada: (a) de um lado, determinando o direito do proprietário; (b) de outro, fixando-lhe o conteúdo, isto é, seu rendimento possível. A determinação do direito de propriedade urbana é fruto dos planos urbanísticos (gerais e especiais) e de outros procedimentos e normas legais, que definem a qualificação urbanística para cada parcela de terreno, determinando-se, assim, o objetivo da propriedade. A fixação do conteúdo do direito de propriedade urbana – isto é, das faculdades do proprietário em relação à edificação dos seus terrenos – pode produzir-se *ope legis* ou pelos planos e normas edilícias (SILVA, 2010).

### Diz ainda o mencionado autor:

A ordenação do uso e ocupação do solo é um dos aspectos substanciais do planejamento urbanístico. Preconiza uma estrutura mais orgânica para as cidades, mediante a aplicação de instrumentos legais de controle do uso e da ocupação do solo – com o quê se procura obter uma desejável e adequada densidade populacional e das edificações nos aglomerados urbanos.

Esses instrumentos legais traduzem-se em instituições e institutos jurídicos de direito urbanístico relativos à ordenação e ocupação do solo, que, em geral, se têm englobado sob o conceito de “zoneamento do solo” – empregada essa expressão em sentido largo, como “instrumento legal utilizado pelo Poder Público, para controlar o uso da terra, as densidades de população, a localização, a dimensão, o volume dos edifícios e seus usos específicos, em prol do bem-estar geral”; ou, ainda, como “a divisão de uma comunidade em zonas para o fim de regular o uso da terra e dos edifícios, a altura e o gabarito das construções, a proporção que estas podem ocupar e a densidade da população”. Nesses conceitos incluem-se, como se percebe, os institutos relativos

ao zoneamento de uso do solo como os referentes à ocupação do solo (SILVA, 2010).

Com efeito, o legislador constituinte não pretendeu atribuir ao instituto da usucapião especial de imóvel urbano a qualidade de direito absoluto. Da mesma forma que excepcionou a aquisição de imóveis públicos por usucapião, condicionou o direito de propriedade ao atendimento de sua função social que, no caso da propriedade urbana, está expressamente relacionado à observância das “exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Inclusive sob o aspecto topográfico, o reconhecimento do direito assegurado no artigo 183 da Constituição Federal pressupõe a observância do artigo 182, que lhe precede e diz respeito a interesse de toda a coletividade.

De fato, o artigo 4º do Estatuto da Cidade enumera diversos instrumentos de consecução da política urbana, entre os quais a própria usucapião especial de imóvel urbano, prevista em seu inciso V, alínea “j”. Não há assim como conceber o instituto senão em consonância com os princípios e diretrizes dessa política urbana, delineados tanto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do DF quanto nas normas urbanísticas e ambientais aplicáveis, sob a inspiração dos princípios da prevalência do interesse coletivo sobre o individual e do interesse público sobre o privado.

Muitos desses princípios e diretrizes estão elencados nos artigos 1º e 2º do Estatuto da Cidade, a seguir transcritos:

Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio

ambiental.

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

[...]

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;
- d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente;
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) a deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;

[...]

No âmbito local, os artigos 314 e 315 da Lei Orgânica do Distrito Federal preceituam:

Art. 314 A política de desenvolvimento urbano do Distrito Federal, em conformidade com as diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo o bem-estar de seus habitantes, e compreende o conjunto de medidas que promovam a melhoria da qualidade de vida, ocupação ordenada do território, uso dos bens e distribuição adequada de serviços e equipamentos públicos por parte da população.

Art. 315 A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação do território, expressas no plano diretor de ordenamento territorial, planos diretores locais, legislação urbanística e ambiental. [...]

Portanto, a própria natureza da usucapião especial de imóvel urbano exige que o instituto seja aplicado em prol do desenvolvimento

ordenado e sustentável da cidade, de modo a atender as exigências expressas no PDOT, nos PDLs e na legislação urbanística e ambiental de regência.

No caso dos autos, a pretensão do autor é diametralmente oposta à *ratio* da usucapião especial urbana. Ao admitir a usucapião de área em parcelamento clandestino, estaria o Poder Judiciário homologando todas as irregularidades praticadas quando da constituição do loteamento, em detrimento do meio ambiente, da ordem urbanística e da qualidade de vida da população do Distrito Federal, vista como um todo.

Na medida em que a sentença que reconhece a usucapião vale como título de domínio e pode ser registrada no Registro de Imóveis<sup>3</sup>, a aplicação do instituto em parcelamentos irregulares, além de violar os princípios e diretrizes da política urbana, tornaria ainda mais complexo o processo de regularização, ao pulverizar a titularidade do domínio entre os ocupantes dos lotes, porém mantendo a situação de irregularidade desses imóveis sob o ponto de vista urbanístico e ambiental.

Tanto isso é verdade que o artigo 167, inciso I, item 28, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), que havia sido alterado pelo artigo 55 do Estatuto da Cidade para admitir o registro “das sentenças declaratórias de usucapião, independentemente da regularidade do parcelamento do solo ou da edificação”, foi novamente modificado pelo artigo 15 da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, justamente para se excluir a expressão “independentemente da regularidade do parcelamento do solo ou da edificação”, razão pela qual se entende que só é possível o registro das sentenças de usucapião especial urbano referentes a imóveis regulares.

Agiu com acerto o Poder Executivo Federal ao extirpar tal previsão do ordenamento jurídico pátrio, em face de sua flagrante

---

3 Art. 13 da Lei nº 10.257, de 10.7.2001.

inconstitucionalidade frente ao disposto no artigo 182 da Constituição Federal.

Não se desconhece que a usucapião constitui modo originário de aquisição da propriedade, por intermédio do qual ocorre a transferência do domínio do imóvel sem os os eventuais vícios incidentes sobre as relações jurídicas anteriores. Entretanto, as mesmas exigências urbanísticas e ambientais que condicionam o parcelamento do imóvel e o registro das unidades parceladas no Registro de Imóveis, pelo titular do direito de propriedade, são aplicáveis ao pretense usucapiente, sob pena de haver uma burla à legislação que rege a matéria.

Como se sabe, o registro é uma das últimas etapas da regularização de um parcelamento, que depende da observância das condicionantes urbanísticas e ambientais dessa atividade potencialmente poluidora e degradadora, que não dizem respeito apenas à dimensão da área que se pretende usucapir, mas também ao preenchimento de diversos outros requisitos previstos em lei.

Além disso, o preenchimento ou não de tais requisitos deve ser verificado pelos órgãos do Poder Público responsáveis pela elaboração e execução da política urbana e de preservação ambiental, não sendo o procedimento da ação de usucapião a sede adequada para essa aferição. A menos que se pretenda transformar cada processo da espécie em procedimento de licenciamento ambiental e urbanístico, o que não seria recomendável ante a necessidade de avaliação da área em que se encontra inserido o imóvel como um todo, circunstância que levou a legislação local a prever a regularização dos parcelamentos por setores habitacionais.

De outra parte, promover-se a abertura de matrículas individualizadas no Registro de Imóveis sem a prévia regularização urbanística e ambiental, além de dificultar o processo de regularização,

conforme já ressaltado, traria ainda mais insegurança jurídica, especialmente em relação aos eventuais adquirentes desses lotes, em face do desconhecimento das condicionantes urbanísticas e ambientais incidentes sobre esses imóveis.

Até mesmo a Lei Federal nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida e prevê uma série de facilitadores para a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas – alguns deles de constitucionalidade duvidosa – estabelece diversas condicionantes urbanísticas e ambientais, conforme se vê a seguir:

Art. 51. O projeto de regularização fundiária deverá definir, no mínimo, os seguintes elementos:

I – as áreas ou lotes a serem regularizados e, se houver necessidade, as edificações que serão relocadas;

II – as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público;

III – as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei;

IV – as condições para promover a segurança da população em situações de risco; e

V – as medidas previstas para adequação da infraestrutura básica.

Dessa forma, a leitura do § 1º do artigo 51, assim como dos artigos 47, 58 e 60 da referida Lei, há de ser feita em consonância com o disposto no artigo 182 da CF/88 e, por conseguinte, com o princípio da função social da propriedade urbana, de modo a não se admitir a declaração da usucapião especial urbana por sentença e o seu registro no ofício de imóveis, antes do cumprimento de todas as etapas exigidas por lei para a regularização do parcelamento, sob pena de afronta à Constituição da República e à Lei Orgânica do Distrito Federal.

Os dispositivos mencionados prescrevem o seguinte:

Art. 47. Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se:

[...]

VII – regularização fundiária de interesse social: regularização fundiária de assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, nos casos:

a) em que tenham sido preenchidos os requisitos para usucapião ou concessão de uso especial para fins de moradia;

[...]

Art. 51. O projeto de regularização fundiária deverá definir, no mínimo, os seguintes elementos:

§ 1º O projeto de que trata o *caput* não será exigido para o registro da sentença de usucapião, da sentença declaratória ou da planta, elaborada para outorga administrativa, de concessão de uso especial para fins de moradia (grifo nosso).

[...]

Art. 58. A partir da averbação do auto de demarcação urbanística, o poder público deverá elaborar o projeto previsto no art. 51 e submeter o parcelamento dele decorrente a registro.

§ 1º Após o registro do parcelamento de que trata o *caput*, o poder público concederá título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados.

[...]

Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, *tendo em vista sua aquisição por usucapião*, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

Assim, ao utilizar a expressão “em que tenham sido preenchidos os requisitos para usucapião”, o artigo 47 da referida lei deve ser interpretado apenas como condição necessária à aplicação da norma inculpada nesse dispositivo, sem que isso importe a possibilidade de reconhecimento dessa situação de fato por sentença, que, ressalte-se, tem natureza declaratória.

Em relação ao § 1º do artigo 51, acima transcrito, entende-se que a única interpretação possível, sob pena de inconstitucionalidade, seria

no sentido de que o projeto de regularização fundiária não será exigido para o registro da sentença de usucapião “coletiva”, não se aplicando, portanto, à usucapião urbana individual.

Por fim, o artigo 60 da Lei nº 11.977/2009, ao dispor sobre a possibilidade de o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, “tendo em vista sua aquisição por usucapião”, em verdade, confirma o que ora se sustenta, na medida em que, a teor do § 1º do artigo 58 do mesmo diploma, a concessão do título de legitimação de posse deve ser feita após o registro do parcelamento.

Manoel Sérgio da Rocha Monteiro (2000), Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, escreveu interessante artigo sobre o tema, que reforça a orientação aqui defendida<sup>4</sup>, de onde se extrai o seguinte excerto:

[...] a disposição contida no artigo 183 da Constituição Federal, ao contrário do que se pode pensar, não tem autonomia absoluta, e a análise de sua aplicabilidade não está despida da verificação de outros requisitos, também constitucionais, quanto à correta ocupação do solo urbano, dentre eles, especialmente aqueles previstos no mencionado artigo 182 e seu parágrafo 2º, e no artigo 5º, inciso XXIII

[...]

Partindo da premissa citada no tópico anterior é que sustentamos a impossibilidade de aquisição do domínio de imóveis situados nos aglomerados urbanos acima apontados (invasões, favelas e loteamentos clandestinos) pela via do usucapião urbano constitucional.

Ora, as áreas objeto de usucapião nestas hipóteses nada mais são do que “lotes” que não atendem às mínimas exigências legais e cuja utilização subtrai parcela significativa do bem-estar de seus moradores e daqueles que habitam o entorno, em nítida afronta aos princípios constitucionais

---

4 MONTEIRO, Manoel Sérgio da Rocha. Da impossibilidade de aquisição de imóvel urbano em área de invasão por meio do usucapião constitucional: uma abordagem sociojurídica. In: FREITAS, José Carlos de (Coord.). *Temas de direito urbanístico*. 2. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado; MPSP, 2000. p. 119.

mencionados.

Para formação de tais aglomerados, os ocupantes ou aquele que parcela a área recortam-na em pequenos lotes, muitas vezes em tamanho inferior ao exigido por lei [...] sem qualquer planejamento, criando logradouros insipientes para o dia a dia e sem deixar qualquer área verde ou institucional; ou seja, utilizando-se da lição de José Afonso da Silva, acima transcrita, verifica-se facilmente que o aglomerado urbano desta espécie não realiza corretamente as funções urbanas relativas à habitação, trabalho, recreação e circulação.

Desrespeitam assim as normas de caráter público regentes da correta ocupação do solo urbano e do consequente cumprimento da função social da propriedade urbana, que se constituíram em preocupação constitucional e vêm pautadas pelo que dispõe a Lei nº 6.766/79, que estabelece fórmulas planejadas para a ocupação urbana a fim de evitar danos à qualidade de vida da população [...].

Na obra *Direitos reais*, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010)<sup>5</sup> comungam desse mesmo entendimento, *in verbis*:

Considere-se, ainda, que a inserção da usucapião no Estatuto da Cidade pressupõe que a posse de imóvel urbano para fins de moradia não será conduzida à concretização em propriedade, se aquela posse não se coadunar às exigências do plano diretor sobre o cumprimento da função social da propriedade. Portanto, seria de se indagar: será possível a usucapião urbana de imóvel que satisfaça os requisitos constitucionais exigidos na espécie, mas que tenha dimensão inferior ao módulo urbano mínimo permitido na área em que se situa?

A resposta é negativa. Sendo a função social um elemento inserido dentro da própria estrutura do direito subjetivo de propriedade, não haverá qualquer legitimidade e merecimento na concessão de usucapião a um bem que se divorcie da finalidade coletiva que lhe é inerente. Estabelecendo a lei municipal as formas adequadas de função social da cidade, existindo parâmetros mínimos de área ocupada ou de utilização, pensamos não ser possível a usucapião de imóvel de metragem inferior ao consagrado no plano diretor, ou que, apesar de utilizado para moradia, esteja sendo subutilizado. Em verdade, poderá o imóvel usucapido paradoxalmente ser objeto de desapropriação logo adiante, em virtude de sua subutilização, fato que demonstraria a inutilidade da sentença que acolheu a pretensão de usucapião.

---

5 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 311.

Em reforço a este posicionamento no REsp nº 402.792-0/SP, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou contrariamente a usucapião de imóvel de 126m<sup>2</sup>, quando o módulo mínimo para parcelamento urbano no município era de 250m<sup>2</sup>. O atendimento do pedido “implicaria em ofensa a norma municipal relativa ao parcelamento do solo urbano, pela via reflexa do usucapião, legalizando-se o que a lei não permite.” (Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 26.10.2004).

A 13<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sufragou o entendimento ora sustentado, nos autos da Apelação Cível nº 2009.001.26589, restando o acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CIVEL. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO, POR SE TRATAR DE ÁREA COM METRAGEM INFERIOR AO MÓDULO URBANO MÍNIMO FIXADO EM LEI MUNICIPAL. 1. A Constituição da República, em seu art. 30, I e VIII, atribuiu aos municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse local e promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, de modo a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, na forma do artigo 182 da CRFB. 2. O direito constitucional à moradia, como um dos corolários da dignidade da pessoa humana, precisa ser protegido, porém não pode ser interpretado isoladamente, devendo ser ponderado com os demais princípios constitucionais, destacando-se, no caso em tela, a função social da propriedade e a função socioambiental da cidade. 3. Admitir-se o parcelamento irregular do solo, em desacordo com a legislação elaborada pelo município, no uso das competências que lhe são outorgadas pela Constituição, significaria prestigiar interesses eminentemente privados, em detrimento de interesses de caráter público e social, trazendo, ainda, riscos ao direito difuso a um meio ambiente equilibrado, ante a inevitável desordem urbana provocada pela proliferação de pequenas propriedades e pelo consequente processo de favelização da cidade. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Do lúcido voto da relatora, Des. Inês da Trindade Chaves de Melo, colhe-se a seguinte passagem:

Com efeito, não pode o Judiciário legitimar o parcelamento de imóveis realizado irregularmente, sacrificando o direito difuso a um meio ambiente equilibrado, sob pena de, ao longo do tempo, reduzir-se a qualidade de vida da população como um todo, ante a inevitável desordem urbana provocada pela proliferação de pequenas propriedades e pelo conseqüente processo de favelização da cidade.

Frise-se que não se está aqui a defender a omissão do Estado no tocante à situação de segregação social e espacial por que passam diversas famílias de baixa renda. Com efeito, é imprescindível a adoção de políticas e medidas públicas nesse sentido. No entanto, como já dito, não podem as decisões judiciais servir de estímulo à explosão de loteamentos, muitos sem infraestrutura básica e sem condições de habitabilidade, construídos ao arrepio da lei. Certamente, essa não é a melhor forma de se erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, contribuindo, ao revés, para a queda da qualidade de vida da população.

Por outro lado, deve-se ter em conta, ainda, que o direito constitucional à moradia não se confunde com o direito de propriedade, eis que aquele é mais abrangente do que este, incluindo em seu conceito a posse e seus desdobramentos. O direito de propriedade deve ser exercido na forma e de acordo com os limites da lei. Já a *ratio* da norma insculpida no artigo 6º da Constituição da República é garantir a moradia em qualquer modalidade, não fazendo distinção entre a posse e a propriedade.

A ressalva em destaque é extremamente importante para que não se confunda a tese ora sustentada com simples negação do direito à moradia<sup>6</sup>, uma vez que a manutenção ou não da posse exercida sobre o imóvel, como situação de fato, não é objeto da presente demanda.

---

6 Não obstante, vale transcrever a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, em artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor nº 46, p. 226, intitulado “O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia: *“Mesmo diante do exposto, não há como sustentar que o direito à moradia, assim como ocorre com os demais direitos fundamentais, possa ser considerado, em princípio (e mesmo na sua dimensão negativa), como sendo um direito absoluto, no sentido de completamente imune a restrições. Tal aspecto assume especial relevância quando se verifica, por exemplo (tomando por referência ingerências oriundas dos órgãos estatais), a necessidade de o Poder Público promover desapropriações, ainda que com inequívoca finalidade social e coletiva, que acabam gerando, além da perda do domínio para os expropriados, o desapossamento e perda da moradia, neste caso, passível de compensação quando efetivamente assegurada a justa e necessária indenização prevista na Constituição. Também a desocupação de área de proteção ambiental, estribada portanto em outro valor consti-*

Em recente decisão, a 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios enfrentou o tema nos autos da Apelação Cível nº 20090111538836, com a seguinte ementa:

DIREITO CÍVEL. USUCAPIÃO. ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. SETOR HABITACIONAL JARDIM BOTÂNICO. PROPRIEDADE PÚBLICA. RESCISÃO DE CONTRATO.

I – O direito à usucapião pressupõe que o imóvel pretendido seja regularizado ou passível de regularização em face da legislação vigente, tanto no que diz respeito à sua situação escritural quanto à destinação do imóvel, em especial tratando-se de parcelamento urbano, que deve atender às normas de ordenamento territorial.

II – Consoante Jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a usucapião não pode regularizar situação que a Lei não autoriza (REsp 402792/SP).

III – Negou-se provimento ao recurso. (20090111538836APC, Relator JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, julgado em 10/11/2010, DJ 25/11/2010 p. 323.)

Vale transcrever, outrossim, a ementa do acórdão proferido no REsp nº 402792/SP, mencionado na decisão do TJDFT e também na obra de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010)<sup>7</sup>, vazada nos seguintes termos:

CIVIL – RECURSO ESPECIAL – USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - ÁREA INFERIOR AO MÓDULO URBANO – LEI MUNICIPAL – VEDAÇÃO – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 550 e 552

---

*tucional fundamental, poderá levar a desapossamentos e afetar o direito à moradia não apenas de uma pessoa ou família, mas de uma coletividade inteira, sem que tais objetivos possam ser alcançados de modo arbitrário e de tal sorte a impor um sacrifício do direito à moradia dos atingidos pelas medidas. É também por esta razão que a normativa internacional (de modo especial a Agenda Habitat) e as diretrizes fixadas pelos organismos de controle, impõe aos Estados a garantia de uma segurança jurídica efetiva da posse utilizada para moradia, seja pela edição de legislação regulamentando os desapossamentos, seja pela observância do devido processo legal e assegurando uma proteção adequada contra medidas arbitrárias, entre outros aspectos a serem considerados”.*

7 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 311.

## DO CC/16 - INOCORRÊNCIA.

1 – *In casu*, como bem ressaltado no acórdão impugnado, “o imóvel que se pretende usucapir não atende às normas municipais que estabelecem o módulo mínimo local, para parcelamento do solo urbano.” (fls. 168/169), não constituindo o referido imóvel, portanto, objeto legalizável, nos termos da lei municipal. Conforme evidenciado pela Prefeitura Municipal de Socorro, no Ofício de fls. 135, o módulo mínimo para o parcelamento do solo urbano daquele município é de 250m<sup>2</sup>, e o imóvel em questão possui apenas 126m<sup>2</sup>. Ora, caso se admitisse o usucapião de tal área, estar-se-ia viabilizando, de forma direta, o registro de área inferior àquela permitida pela lei daquele município. Há, portanto, vício na própria relação jurídica que se pretende modificar com a aquisição definitiva do imóvel.

2 – Destarte, incensurável o v. acórdão recorrido (fls. 169) quando afirmou que “o entendimento do pedido implicaria em ofensa a norma municipal relativa ao parcelamento do solo urbano, pela via reflexa do usucapião. Seria, com isso, legalizado o que a Lei não permite.

Anotou, a propósito, o DD. Promotor de Justiça que, na Comarca de Socorro, isso vem ocorrendo “como meio de buscar a legitimação de parcelamento de imóveis realizados irregularmente e clandestinamente.”

3 – Recurso não conhecido (STJ, relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, 4ª Turma, DJ 6/12/2004, p. 316.)

A mesma orientação foi acolhida pela 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios no julgamento da Apelação Cível nº 20040111066244:

USUCAPIÃO URBANA. *ANIMUS DOMINI*. POSSE MANSA E PACÍFICA. AUSÊNCIA.

1 – Demonstrado que a ocupação do imóvel decorreu de contrato de trabalho com o réu, e que localizado em área de preservação ambiental, não se destina a habitação individual por imposição de norma de zoneamento urbano, inviável o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

2 – Inexistente posse mansa e pacífica, com “*animus*” de proprietário, por mais de cinco anos, não é possível usucapião urbano de imóvel.

3 – Apelação não provida. (20040111066244APC, Relator JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, julgado em 28/7/2010, DJ 5/8/2010 p. 136.)

Também nesse caso, vale transcrever parte do voto do eminente relator:

O acolhimento da pretensão dos autores implicará na divisão do imóvel, com o consequente parcelamento irregular do solo urbano. E a área do clube, objeto de alienação da Companhia imobiliária de Brasília, é indivisível (L. 5.861/74, art. 4º, parágrafo único).

A área litigiosa localiza-se no setor de clubes norte. Trata-se de zona verde, de especial proteção paisagística, com baixa densidade de construção e relacionada a recreação e lazer da população. (Decreto 596/67, art. 51/57).

O reconhecimento da prescrição aquisitiva em favor dos autores ofende norma de planejamento urbano do setor, que estipula para a área vocação de abrigar clubes esportivos em lotes de grande dimensão. E porque localizada às margens do lago, área de preservação ambiental, não pode ser usucapida, tampouco destinada a uso residencial.

Decidiu este Tribunal que “não pode ser objeto de usucapião especial imóvel localizado em área de proteção ambiental (artigo 3º da Lei nº 6969/81, substituído pelo artigo 191 da Constituição Federal).” (20050810071590APC, Relator Natanael Caetano, 1ª Turma Cível, julgado em 30/7/2007, DJ 23/8/2007 p. 90.)

Não fosse esse entendimento, nem sequer estaria justificada a competência da Vara de Meio Ambiente para apreciar e julgar as ações da espécie, porquanto esta se tornaria mera homologadora de pretensões individuais em detrimento do interesse público e coletivo, quando a criação dessa Especializada teve por escopo justamente o contrário, ou seja, compatibilizar os interesses submetidos à apreciação do Poder Judiciário aos dispositivos constitucionais e legais que asseguram o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, assim como a preservação do meio ambiente.

Como é cediço, o parcelamento irregular do solo para fins urbanos constitui crime previsto no artigo 50 da Lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que, no caso do Distrito Federal, trouxe prejuízos incalculáveis para as presentes e futuras gerações, justamente por ser implantado ao arrepio da lei e à margem de quaisquer preocupações com o meio ambiente e o desenvolvimento ordenado e sustentável da cidade.

De fato, não se pode perder de vista que grande parte dos parcelamentos irregulares implementados no Distrito Federal nas últimas décadas é produto de ações criminosas de verdadeiras quadrilhas, que, em busca do lucro fácil, se valeram da ineficiência e em certos casos da conivência do poder público em não impedir a proliferação de tais empreendimentos.

Por essa razão, é necessário extremo cuidado para que eventuais medidas adotadas sob o fundamento do “fato consumado” não agravem ainda mais a situação fundiária do Distrito Federal e não sejam entendidas pela população como incentivo à invasão de terras e à inobservância da legislação.

Não se quer dizer com isso que o Ministério Público esteja alheio à situação de fato criada pelos loteamentos clandestinos. Ao contrário, grande tem sido o esforço da Instituição, em parte consubstanciado no Termo de Ajustamento de Conduta nº 2/2007, no sentido de flexibilizar as exigências previstas em lei para a regularização desses parcelamentos, especialmente no que diz respeito às áreas ocupadas por população de baixa renda. Por outro lado, de nada valerá todo esse esforço diante de eventual registro de lotes implantados sem qualquer análise de viabilidade ambiental e urbanística, em face de simples verificação dos requisitos da usucapião especial urbana, considerados isoladamente.

Situação bastante diversa ocorre na denominada usucapião coletiva, prevista no artigo 10 do Estatuto da Cidade, cuja sentença atribui igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão da área que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas (§ 3º).

Nessa hipótese, tem-se a constituição de condomínio indivisível, com o reconhecimento do domínio do imóvel em favor de seus ocupantes, na forma de frações ideais, embora haja a possibilidade de extinção em

caso de urbanização posterior (artigo 10, § 4º). Necessário salientar, entretanto, que a usucapião especial coletiva exige o preenchimento de requisitos legais específicos, como, por exemplo, que se trate de área ocupada por população de baixa renda para fins de moradia.

A propósito, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010)<sup>8</sup> preconizam que:

A usucapião coletiva detém a notável capacidade de favorecer os interesses individuais homogêneos da coletividade que anseia pelo direito de propriedade, com a vantagem de que a decisão coletiva impede que sejam mantidos os cortes efetuados por cada possuidor – a cada família será atribuída uma fração ideal do imóvel – possibilitando a urbanização racional da área como um todo (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Vale lembrar que, na hipótese de futura regularização do parcelamento, o autor poderá intentar nova ação de usucapião especial individual urbana, desde que compatível com as normas urbanísticas e ambientais aplicáveis, cuja causa de pedir será diversa, porquanto diversos os fatos constitutivos do direito a ser postulado.

A propósito, Alexandre Freitas Câmara preleciona (2010)<sup>9</sup>:

Em primeiro lugar, é de se afirmar que a sentença de improcedência do pedido alcança a autoridade de coisa julgada. É certo que o mesmo autor poderá, posteriormente, ajuizar novamente “ação de usucapião” referente ao mesmo imóvel. Haverá, porém, modificação da causa de pedir, já que nesta nova demanda o autor terá de alegar suporte fático ao menos parcialmente diverso do apresentado na primeira demanda (basta ver que o termo final do prazo do usucapião na segunda demanda será, necessariamente, diferente do apontado na primeira). Sendo diversa a demanda, não há qualquer impedimento ao desenvolvimento normal do segundo processo, já que a coisa julgada substancial impede, tão somente, a repetição da mesma demanda, anteriormente julgada.

---

8 *Op. cit.* p. 312.

9 CÂMARA, Alexandre de Freitas, 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 405.

(CÂMARA, 2010).

De outro giro, considerando a natureza declaratória da sentença que reconhece a usucapião, entende-se que esta poderá ser alegada como matéria de defesa em eventual ação reivindicatória movida pelo titular do direito de propriedade. Não obstante, no caso de imóvel localizado em parcelamento irregular urbano, a segunda parte do artigo 13 do Estatuto da Cidade<sup>10</sup> deve ser entendida em conformidade com os dispositivos constitucionais e legais anteriormente analisados, valendo a sentença como título hábil a ser registrado no cartório de registro de imóveis somente quando se tratar de parcelamento regularizado.

Além disso, tanto a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) quanto a Lei nº 11.977/2009 preveem diversos outros instrumentos de execução da política urbana, que poderão ser utilizados pelo Poder Público e, em determinados casos, pelos próprios interessados, para fins de regularização fundiária, de modo a não deixar desamparados os atuais ocupantes desses imóveis.

Em face do exposto, requer o Ministério Público o julgamento antecipado da lide, na forma do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, para que seja reconhecida a improcedência do pedido, com fundamento no artigo 269, inciso I, do mesmo estatuto.

Brasília, 6 de dezembro de 2010.

**Dênio Augusto de Oliveira Moura**  
Promotor de Justiça do MPDFT

---

10 Art. 13. A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.



---

## **Memorial - Recurso Extraordinário 576.155/DF**

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: Distrito Federal e Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda.

Excelentíssimo Senhor Ministro do Supremo Tribunal Federal:

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, recorrente, tendo em vista o julgamento do RE 576.155/DF, no qual reconhecida a *repercussão geral* de sua legitimidade para impugnar a redução de ICMS pela incidência de Termo de Acordo de Regime Especial - TARE, firmado entre o Distrito Federal e diversas empresas, vem, perante V. Exa., à guisa de *Memorial*, expor o quanto segue.

### **1 A Causa**

A partir da edição da Lei Distrital nº 2.381/99 e do Decreto nº 20.322/99, o Poder Executivo local passou a conceder, unilateralmente, a centenas de empresas, mediante o chamado Termo de Acordo de Regime Especial-TARE, redução de ICMS, em flagrante ofensa ao pacto federativo, ao sistema tributário nacional e ao devido processo constitucional (CF, art. 155, § 2º, incs. I e XII, alínea “g”) — disposições constitucionais que exigem adesão consensual dos Estados para deferimento de benefícios fiscais, conforme especificado em lei complementar —, resultando dos acordos impugnados vultosos danos ao patrimônio público do próprio Distrito Federal.

A Promotoria de Defesa da Ordem Tributária, então, fundada nas atribuições inscritas nos arts. 127 e 129, incs. II e III e IX da Lei

Maior<sup>1</sup> e nos arts. 5º, inc. I, alínea “g”, II, alíneas “a” e “b”, 6º, inc. VII, alínea “b” e, inc. XIV, alínea “b”, da Lei Complementar nº 75/93, ajuizou cerca de 700 (setecentas) ações civis públicas com o objetivo de que fossem declarados nulos — mesmo, que, para tanto, proclamados inconstitucionais os aludidos diplomas legais nos quais buscavam amparo — os TARES firmados ao arrepio da Carta da República e da legislação complementar de regência, obrigando as empresas a recolherem o que deixaram de pagar, a título de ICMS, pelo regramento normal, em pleno vigor, do referido tributo.<sup>2</sup>

Na instância local, em 1º e 2º graus, as posições se extremaram: algumas reconheciam a adequação da ação civil pública e a legitimidade do Ministério Público para vindicar a nulidade do TARE e a recomposição do patrimônio público; muitas, compete reconhecer, negavam legitimidade ao MPDFT para o mister.

A magnitude da *quaestio iuris* e a inflexível imposição da Carta Magna não admitiam recuo: a matéria, prejudicialmente constitucional, reclamava, conforme reclama, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

---

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

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] II - 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; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...] IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

2 O sistema TARE instituído pelo Distrito Federal concede incentivos às empresas para “*passarem*” por seu território, sem desembarque das mercadorias destinadas a outros Estados — às vezes, somente as notas fiscais são remetidas virtualmente — recebendo apenas 1% de ICMS ao invés dos 5% que seriam regularmente devidos.

Assim é que, de todas as decisões terminativas, mantidas ou concretizadas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o MPDFT interpôs recurso extraordinário e — *ad cautelam*, estando em foco, essencialmente, tema constitucional — recurso especial quanto à legislação ordinária subjacente.

O Superior Tribunal de Justiça, após controvérsias entre suas 1ª e 2ª Turmas — sem prejuízo de reconhecer, mais de uma vez, a magnitude constitucional da questão —, findou por recusar a legitimidade *ad causam* do Ministério Público, invocando a “natureza tributária” da matéria.

A demanda, enfim, chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, no RE 576.155/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, reconheceu a repercussão geral nele deduzida, em acórdão cuja ementa registra:

LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NULIDADE DE ACORDO PARA PAGAMENTO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. DETRIMENTO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA ORDEM TRIBUTÁRIA. REPERCUSÃO JURÍDICA.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Não se manifestou a Ministra Ellen Gracie.

O Supremo Tribunal determinou, ainda, em questão de ordem, no mesmo feito, o sobrestamento de todas as causas, em trâmite no STJ e TJDF, *in verbis*:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. PREJUDICIALIDADE CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL - TARE. LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. AFRONTA AO ART. 129, III, DA CF. REPERCUSÃO GERAL RECONHECIDA. PREJUDICIALIDADE CONSTITUCIONAL VERIFICADA. I - A prejudicial suscitada consubstancia-se em uma prioridade lógica necessária para a solução de casos que versam sobre a

mesma questão. II - Precedente do STF. III - Questão resolvida, com a determinação de sobrestamento das causas relativas ao Termo de Acordo de Regime Especial que estiverem em curso no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios até o deslinde da matéria pelo Plenário da Suprema Corte. IV - O Plenário decidiu também que, a partir desse julgamento, os sobrestamentos poderão ser determinados pelo Relator, monocraticamente, com base no art. 328 do RISTF.

## **2 A Afronta ao Sistema Tributário Nacional, ao Pacto Federativo e ao Patrimônio Público do Distrito Federal e a Consequente Legitimidade Ativa *Ad Causam* do MPDFT**

O Supremo Tribunal Federal jamais compactou com a *guerra fiscal*, que a questionada legislação local e o contestado Termo de Acordo de Regime Especial-TARE levaram a efeito, consoante velha dicção da Corte:

CMS: concessão unilateral de benefícios fiscais (incluída a outorga de crédito presumido) por Estado federado: ‘guerra fiscal’ repelida pelo STF: liminar deferida. 1. A orientação do Tribunal é particularmente severa na repressão à guerra fiscal entre as unidades federadas, mediante a prodigalização de isenções e benefícios fiscais atinentes ao ICMS, com afronta da norma constitucional do art. 155, § 2º, II, g - que submete sua concessão à decisão consensual dos Estados, na forma de lei complementar (ADIn 84-MG, 15.2.96, Galvão, DJ 19.4.96; ADInMC 128-AL, 23.11.89, Pertence, RTJ 145/707; ADInMC 902 3.3.94, Marco Aurélio, RTJ 151/444; ADInMC 1.296-PI, 14.6.95, Celso; ADInMC 1.247- PA, 17.8.95, Celso, RTJ 168/754; ADInMC 1.179-RJ, 29.2.96, Marco Aurélio, RTJ 164/881; ADInMC 2.021-SP, 25.8.99, Corrêa; ADIn 1.587, 19.10.00, Gallotti, Informativo 207, DJ 15.8.97; ADInMC 1.999, 30.6.99, Gallotti, DJ 31.3.00). 2. As normas constitucionais, que impõem disciplina nacional ao ICMS, são preceitos contra os quais não se pode opor a autonomia do Estado, na medida em que são explícitas limitações dela. 3. A invocada exigência constitucional de convênio interestadual (CF, art. 155, 2º, II, g) alcança a concessão por lei estadual de crédito presumido de ICMS, como afirmado pelo Tribunal. 4. Concorrência do periculum in mora para a suspensão do ato normativo estadual que - posto inspirada na razoável preocupação de reagir contra o Convênio ICMS 58/99, que privilegia a importação de equipamentos de pesquisa e lavra de petróleo e gás

natural contra os produtos nacionais similares - acaba por agravar os prejuízos igualmente acarretados à economia e às finanças dos demais Estados-membros que sediam empresas do ramo.<sup>3</sup>

Nessa linha, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, não faz muito, ao julgar procedente, por unanimidade, a Ação Civil Originária nº 541/DF, ajuizada pelos Estados de São Paulo e da Bahia, especificamente contra o TARE nº 01/98, firmado pelo Distrito Federal e a empresa Martins Comércio e Distribuição S/A, fez constar da respectiva ementa:

EMENTA: Ação Cível Originária.

2. Estados de São Paulo e Bahia. Termo de Acordo de Regime Especial no 01/98, celebrado entre o Distrito Federal e empresa particular.

3. Possibilidade de desconstituição dos efeitos de acordo ou convênio administrativo após o término da vigência. Inocorrência de prejudicialidade.

4. Ação prejudicada, apenas, no período entre 1o.07.99 e 31.07.99, por celebração do TARE no 44/99, dispondo sobre o mesmo objeto.

5. Vício formal. Acordo firmado em desobediência à forma estabelecida na Lei Complementar no 24/75. Fixação de alíquota de ICMS diversa da fixada na Resolução no 22, do Senado Federal.

6. Passagem ficta de mercadorias. Inocorrência de fato gerador. Prejuízo na incidência do ICMS aos Estados requerentes. Violação do pacto federativo e princípios tributários.

7. Ação Cível Originária julgada procedente.

No citado precedente - especificamente, repita-se, relativo à inconstitucionalidade do TARE - afirmou o Min. Gilmar Mendes, Relator:

[...] o caso envolve análise de Termo de Acordo que, inequivocamente, viola o pacto federativo.

---

3 Cf. ADI nº 2352/ES –MC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 9/3/2001, pág. 102.

No mesmo julgado, o Ministro Cezar Peluso explica, em minúcias, a violação ao texto constitucional decorrente da aplicação do TARE:

[...]

No caso, o Termo de Acordo de Regime Especial nº 1/98-DF é facultativo às operações praticadas em triangulação, ou seja, o estabelecimento do Distrito Federal (1) adquire a mercadoria de outro Estado da Federação (2) pela alíquota de 7% (vendas destinadas ao DF), transfere, na contabilidade, tais mercadorias para a matriz em Uberlândia/MG (3), e pede que o vendedor (2) as entregue diretamente em Uberlândia/MG (3). Em um regime “normal” ou ordinário, o estabelecimento do Distrito Federal (1) deveria recolher a diferença entre seu débito calculado em 12% sobre o valor da operação (por se tratar de transferência) e o crédito de 7% relativo ao ICMS incidente na aquisição.

Supondo-se que o preço fosse o mesmo o Distrito Federal, ficaria com 5% do valor da operação nesse regime.

Pelo Termo de Acordo de Regime Especial nº 1/98-DF, o Distrito Federal fica com 1% porque concedeu crédito presumido de 11% do valor da operação “a título de montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores”. (cláusula primeira - fls. 5), a ser deduzido do débito de 12% da operação realizada pelo estabelecimento no DF.

[...]

A renúncia da arrecadação de ICMS realizada pelo Distrito Federal por intermédio do Termo ora impugnado é flagrante.

E, adiante, conclui o Ministro Peluso:

[...]

Além da inconstitucionalidade do conteúdo e da forma de concessão do benefício (crédito presumido), o Termo de Acordo em discussão transpira indícios de uma simulação tendente reduzir o montante do tributo que seria devido na operação dissimulada.

O Termo de Acordo foi usado com objetivo diverso do a que se propõe (benefício fiscal pessoal e específico em detrimento de regime especial de arrecadação), com a clara finalidade de atrair para o Distrito Federal uma filial da co-ré, apenas para efeitos formais de trânsito de notas, concedendo-lhe um benefício de ordem de 4% do valor da operação em contrapartida.

Além dos dispositivos mencionados, o Termo de Acordo ofende, principalmente, a estrutura federativa, gerando indevido desequilíbrio na relação entre os Estados, razão pela qual a ação deve ser julgada

precedente.

Em igual sentido, reconhecendo a “ofensa ao texto constitucional”, o voto do eminente Eros Grau:

[...] trata-se de regime que dá causa em benefício, mas não resiste à exigência da celebração de convênio.”

Enfatizou, na oportunidade, o Ministro Joaquim Barbosa:

Senhora Presidente, entendo que o regime viola o art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição e os arts. 1º, III e IV, e 8º, I, da Lei Complementar 24/1975, pois os benefícios fiscais previstos não encontram amparo em convênio.”

Por último, confirmou o eminente Ministro Carlos Britto:

Senhora Presidente, o termo de acordo, com este nome eufemístico de “regime simplificado”, caracterizou, em verdade, um crédito presumido à revelia da Constituição que, no particular, exigiria a celebração de um termo de convênio entre os Estados e o Distrito Federal.

Também em 2006, ao julgar a ADI nº 3246-1/PA, Relator o eminente Ministro Carlos Britto, em que se discutia a Lei nº 6.489/02, do Estado do Pará — que, igualmente à agora contestada legislação do Distrito Federal, propiciara a concessão de benefício fiscal unilateralmente, sem observância do texto constitucional — o Supremo Tribunal Federal proclamou, mais uma vez, a inconstitucionalidade da pretensão, fazendo constar da ementa, *verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DO INCISO I DO ART. 5º DA LEI Nº 6.489/02, DO ESTADO DO PARÁ. O dispositivo impugnado previu a possibilidade de concessão de incentivos fiscais aos empreendimentos arrolados no art. 3º do diploma legislativo em causa. Ao fazê-lo, contudo, olvidou o disposto na letra “g” do inciso

XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal de 1988, o qual exige a prévia celebração, nos termos da Lei Complementar nº 24/75, de convênio entre os Estados-membros e o Distrito Federal.

Registra, ainda, o voto do Ministro Lewandowski:

Senhora Presidente, penso que o dispositivo constitucional em questão é muito claro: exige um prévio acordo entre os Estados e o Distrito Federal.

[...] trata-se de renúncia de receitas públicas de forma inconstitucional. (g.n.)

Assinala, no invocado paradigma, o Ministro Gilmar Mendes a “*retumbante*” inconstitucionalidade já velha conhecida da Corte e a ofensa ao patrimônio público, decorrente do sistema (TARE) ora impugnado:

[...] Todavia - aqui temos aqueles casos chamados pelo Ministro Sepúlveda Pertence de “chapada a inconstitucionalidade”; nós não lemos mais relatório e voto -, todos os Estados estão absolutamente avisados de se tratar de inconstitucionalidade evidente à luz da jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal, desde 1989, conforme explicitado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence.

Na dicção unânime, recente e específica do Supremo Tribunal Federal, portanto, o Termo de Acordo de Regime Especial-TARE, concebido e concretizado pelo Distrito Federal, fere o pacto federativo — com olímpico desprezo ao disposto no art. 155, § 2º, inc. XII, alínea “g” da Lei Maior — e os princípios tributários, além de implicar expressivo e inegável dano ao patrimônio público, em franca desconsideração dos princípios da impessoalidade e da moralidade, em prejuízo da coletividade.

Daí a incontestável legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para contestar tal “*acordo*” mediante ação civil pública, consoante igualmente sempre proclamou a E. Suprema Corte, em

reiterados julgados, entre os quais pede vênia o recorrente para destacar, por suas ementas, os seguintes:

**E M E N T A:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) - CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - INOBSERVÂNCIA DA EXIGÊNCIA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O Ministério Público dispõe de legitimidade ativa “ad causam” para ajuizar ação civil pública, quando promovida com o objetivo de impedir que se consuma lesão ao patrimônio público resultante de contratação direta de serviço hospitalar privado, celebrada sem a necessária observância de procedimento licitatório, que traduz exigência de caráter ético-jurídico destinada a conferir efetividade, dentre outros, aos postulados constitucionais da impessoalidade, da publicidade, da moralidade administrativa e da igualdade entre os licitantes, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa e/ou de inexigibilidade de licitação. Precedentes.<sup>4</sup>

**EMENTA:** Ministério Público: legitimação para propor ação civil pública para proteção do patrimônio público (CF, art. 129, III): precedentes (v.g. RREE 267.023 e 234.439, 30.04.2002, 1ª T., Moreira; 227.159, Néri, RTJ 186/690; 208.790, 27.9.2000, Ilmar Galvão, DJ 15.12.2000, RTJ 176/957).<sup>5</sup>

**EMENTA:** AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSO POLÍTICO ADMINISTRATIVO. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. O Ministério Público, como substituto processual de toda a coletividade e na defesa de autêntico interesse difuso, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública com o objetivo de evitar lesão ao patrimônio público. Agravo regimental não provido.<sup>6</sup>

---

4 RE(AgRg) 262134-MA, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ de 02/02/2007, p. 139 - RT.

5 AI(AgRg) 495632-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 16/06/2006, p. 947.

6 RE(AgRg) 368060-SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 28/10/2005, p. 48.

Recurso extraordinário. Ministério Público. Ação civil pública para proteção do patrimônio público. - O Plenário desta Corte, no RE 208.790, em hipótese análoga à presente, entendeu que é o Ministério Público legitimado para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público [...]<sup>7</sup>

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REEXAME DE PROVAS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmulas ns. 279 e 454 do Supremo Tribunal Federal. 2. O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>8</sup>

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Ministério Público Federal. Legitimidade ativa para propor ação civil pública com a finalidade de evitar lesão ao patrimônio público. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>9</sup>

O Supremo Tribunal Federal assevera, assim, expressa e especificamente, com todas as letras, que o Sistema TARE/DF macula direta e frontalmente, em vários aspectos, o texto constitucional, mas, principalmente, ofende o pacto federativo e provoca lesão ao patrimônio público e a direitos coletivos, concluindo pela adequação da ação civil pública e pela legitimidade do Ministério Público, em concreção ao art. 129, inc. III, da Constituição Federal.

Vedar ao Ministério Público o exercício de seu *munus*, proibir-lhe a contestação da patente inconstitucionalidade — por violação do pacto federativo e do patrimônio público — significa, em realidade, negar a essência da atuação a quem a Lei Fundamental conferiu fiscalizar a concreta efetividade da prestação jurisdicional.

---

7 RE 234439-MA, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 14/06/2002, p. 148.

8 AI-Agr 718547/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJe 06/11/2008.

9 RE-Agr nº 495138/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 25/04/2008.

Comprova-se, nesses termos, a viabilidade do Recurso Extraordinário nº 576.155/DF com o escopo de ver proclamada pela E. Suprema Corte a legitimidade ativa do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para questionar os TAREs, em sede de ação civil pública, na proteção da ordem jurídica, dos princípios tributários e do pacto federativo, visando ao restabelecimento da moralidade e à recomposição do patrimônio público.

Veja-se que o prejuízo do Distrito Federal, relativo à renúncia fiscal inconstitucional, somente entre 1999 e 2005, atingia quase 2 (dois) bilhões de reais, de acordo com documento oriundo da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal.

Os empresários/beneficiários dos acordos inconstitucionais de redução de ICMS, aliás, confessaram que a *revogação* do TARE tivera o único intuito de *prejudicar* a ADI 2440-0/DF — ação que contestara o referido sistema e que se encontrava pronta para julgamento desde 28 de março de 2003, julgada prejudicada pelo estratagema da revogação da inconstitucional legislação de regência — impossibilitando o Supremo Tribunal Federal de discutir a relevantíssima matéria em debate.

O montante da dívida vem proclamada com impressionante sinceridade e atualização dos danos ao patrimônio público (*agora seriam 8 (oito) bilhões de reais!*) pelo Executivo local, consoante matéria publicada no “*Correio Braziliense*”, edição de 11/3/2008, sob o título “*Linha de Crédito substituirá TARE*”, pág. 15, cujo excerto registra:

[...]

O anúncio foi feito ontem pelo vice-governador e secretário de Desenvolvimento Econômico e Turismo, Paulo Octávio. Segundo ele, a mudança (o DF, no intuito de impedir a dicção da Suprema Corte, revogara o sistema TARE) teve como objetivo evitar que as empresas atacadistas tivessem que recolher R\$ 8 bilhões aos cofres do GDF. Esse foi o valor que deixou de ser arrecadado durante a vigência do Tare (de

1999 a 2008). ‘Tivemos que acabar com o Tare para proteger o setor e o governo. O STF (Supremo Tribunal Federal) estava prestes a julgar o Tare ilegal. Com sua extinção, essa dívida de R\$ 8 bilhões acaba.

Se não se autorizar ao Ministério Público a possibilidade de impugnar a transação efetivada e seus desdobramentos até o fim da querela, portanto, a arguida violação à Carta Magna — tipificado o fato gerador, o recolhimento do tributo se impõe — não será submetida ao Poder Judiciário, em verdadeira negação da prestação jurisdicional.

Enfim, a proibição de o Ministério Público atuar na defesa do erário ultrapassa, em muito, os enormes prejuízos decorrentes do TARE e refletirá em variadas hipóteses futuras, ensejando-se a concessão de qualquer vantagem ou benefício tributário ao *nutum* do poder público distrital, sem que o Ministério Público possa questioná-lo. É fazer letra morta dos artigos 127 e 129 da Lei Maior.

### **3 A Inaplicabilidade, na Espécie, do Óbice do Parágrafo Único, Art. 1º, da Lei nº 7.347/85 (LACP)**

A propósito do enquadramento da questão no Superior Tribunal de Justiça, permitam-se ao requerente duas ou três palavras.

Em primeiro e relevantíssimo lugar, no Recurso Especial nº 814.009/DF (AgRg), o Min. José Delgado, Relator, e a E. 1ª Turma — que viriam sustentar a ilegitimidade *ad causam* do MPDFT para a contestação do TARE — reconheceram a natureza essencialmente constitucional da controvérsia.

Veja-se, no quanto interessa, trecho do v. acórdão:

[...] o voto condutor da decisão a quo discutiu, como ponto de apoio à sua convicção, a aplicabilidade dos arts. 127 e 129 da CF/88. Verifica-se, pois, que a matéria cogitada como vilipendiada é de cunho predominante e meramente constitucional, competindo, unicamente, ao augusto STF o seu exame. Apesar de haver fundamento infraconstitucional,

não prevalece este em detrimento da abordagem central de natureza constitucional.<sup>10</sup>

É verdade, ainda, que, após o já referido antagonismo entre a 1ª e 2ª Turmas<sup>11</sup>, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no REsp. 845.034/DF, Rel. Min. José Delgado, resolveu o impasse, com um único voto de diferença (5x4), proclamando a ilegitimidade do MPDFT para a impugnação do TARE, em acórdão que compreendeu estar em jogo “*conflito legal de natureza tributária, situação que, na espécie, torna manifesta a ilegitimidade ativa do Ministério Público para a causa, conforme estabelecido no art. 1º da Lei nº 7.347/85.*”

Entretanto, além de a matéria ter exclusiva estatura constitucional, o art. 1º, parágrafo único, da LACP não tem, com a vênia devida, o alcance que lhe conferiu o Superior Tribunal de Justiça, sob pena de manifesta inconstitucionalidade.

Ora, o mencionado dispositivo apenas excluiu, com a chancela da Suprema Corte, o Ministério Público de atuar na defesa de contribuintes (identificáveis) nas causas tributárias.

A ação civil pública, na hipótese, não persegue a defesa do contribuinte, mas se volta expressamente *contra* o contribuinte, em busca da recuperação do patrimônio público e de benefício fiscal concedido ao revés do que mandam a Constituição Federal e a legislação complementar de regência.

Estando em baila, conforme ocorre no caso, o patrimônio público e o pacto federativo, segundo o STF, não encontra qualquer óbice a ação civil pública agitada pelo Ministério Público para a recomposição

---

10 REsp. 814.009 (AgRg), 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU de 08.06.2006.

11 Cf. REsp. 691.574/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 17.4.2006; RE 861.714/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.10.2006.

dos danos causados ao erário, em virtude do disposto no multicitado art. 129, inc. III, da Constituição Federal.

Vem a lume, ainda, uma curiosidade: se o Ministério Público não puder impugnar o TARE — evidentemente, repita-se, não iriam fazê-lo o Distrito Federal nem muito menos o beneficiário do indevido e irregular favor fiscal — restaria eventual *ação popular*, como se acenou, aqui e ali, no Superior Tribunal de Justiça.<sup>12</sup>

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, pelo mesmo Ministro que proferiu o voto-desempate no REsp. 845.034/DF, assentou que “a moralidade administrativa e seus desvios, com consequências patrimoniais para o erário público enquadram-se na categoria de interesses difusos”, legitimando o Ministério Público à propositura de ação civil pública, “fazendo as vezes de uma Ação Popular multilegitimária”, consoante o item 12 da ementa no REsp. 401.964/RO.<sup>13</sup>

Se, na espécie, na voz do guardião da Carta Política, a efetivação do TARE configura dano ao patrimônio público e lesão às regras constitucionais e legais tributárias, além de ofensa ao pacto federativo, não haverá empecilho para a ação civil pública ou para a atuação do Ministério Público, nem que, por último, fosse considerada a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público a “*Ação Popular multilegitimária*” sugerida no mencionado REsp. 401.964/RO.

Afinal, como sempre imperou na órbita jurídico-processual, pouco importa o “*nome*” da ação, cabendo ao Ministério Público, em face de afronta ao patrimônio público e à ordem constitucional, a provocação do Poder Judiciário, em homenagem aos ditames do art. 5º, inc. XXXV, e do art. 129, inc. III, da Constituição Federal.

---

12 Cf. REsp. 691.574/DF, DJU 17.4.2006.

13 2ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 11.11.2002.

A atuação do Ministério Público não significa, por isso mesmo, pretensão de “*ser mais realista que o rei*”, mas o estrito cumprimento de suas atribuições constitucionais, porquanto, na República, não há ato estatal que se possa subtrair do controle judicial.

### **Considerações Finais**

No Supremo Tribunal Federal, como se demonstrou, a jurisprudência veda unicamente a atuação do Ministério Público em matéria tributária quanto à cobrança de tributos, hipótese diversa daquela trazida à baila.

No RE 195.056, com efeito, o Supremo Tribunal Federal somente vedou ao Ministério Público, mediante ação civil pública, atuar em prol e na defesa do contribuinte, que não se confunde com consumidor.

Negou, pois, a Suprema Corte a configuração de relação de consumo e a inadequação da ação civil pública para a defesa de contribuinte, até porque a atuação em favor do contribuinte não tipificaria direitos sociais e individuais indisponíveis.

No sentido da argumentação, expressa a ementa do RE 195.056/PR:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III. I. - A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa.

C.F., art. 127, caput, e art. 129, III. III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com “interesses sociais e individuais indisponíveis.” (C.F., art. 127, caput). IV. - R.E. não conhecido.”

O STF, deste modo, em tempo algum impediu o Ministério Público de defender o patrimônio público, a ordem jurídico-constitucional e o pacto federativo, apenas não lhe reconheceu a possibilidade de “cobrança” ou de pleitear a “restituição” de tributos (naquele caso, o IPTU) em favor de contribuintes.

E mais: com o afastamento do Ministério Público e da ação civil pública em defesa do contribuinte — na linha do RE 195.056/PR — caberia ao próprio contribuinte questionar eventual inconstitucionalidade/ilegalidade em juízo.

A hipótese aqui é absolutamente diversa: o Ministério Público utilizou a ação civil pública *contra* o contribuinte, em busca da recomposição do patrimônio público.

Todavia, afastado o Ministério Público da defesa do patrimônio público, impedido o *parquet* de atuar contra o contribuinte, beneficiário da inconstitucionalidade fiscal, conforme é o caso do TARE, não restará ninguém para impugnar o acordo ofensivo à Lei Maior, o que implicaria inconcebível negativa de jurisdição e concessão de poderes absolutistas aos dirigentes governamentais (momentâneos, por definição), o que não se concebe no regime constitucional de freios e contrapesos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em última palavra, não abona a extinção de ações e recursos veiculados pelo Ministério Público — visando assegurar a adequação da ação civil pública e a

sua própria legitimidade para a impugnação do TARE — como espera o recorrente seja mais uma vez reiterado pelo plenário, provendo as centenas de irrisignações extremas relativas à matéria, de grave repercussão geral, em homenagem aos citados ditames constitucionais.

Brasília, 06 de maio de 2009.

**Maria Aparecida Donati Barbosa**  
Procuradora-Geral de Justiça em exercício

**Antonio Luiz B. de Alencastro**  
Promotor de Justiça – Assessor da PGJ



---

## **Habeas Corpus 12216 - Rel 117923**

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Paciente: R.S.S.

Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Excelentíssimo Senhor Presidente do e. Superior Tribunal de Justiça:

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com base no art. 5º, inciso LXVIII, e art. 105, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal, arts. 647 e segts. e 654 do Código de Processo Penal, vêm impetrar ordem de

### **Habeas Corpus, com Pedido Liminar**

Em favor de R. S. S., brasileiro, nascido em Brasília/DF aos 3/04/1986, filho de O. A. S. e M. C. S. S., portador da CI/RG nº [...] – SSP/DF, residente na [...], réu nos autos nº 2007.03.1.006253-0, em trâmite pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Ceilândia/DF.

O pleito aponta como autoridade coatora a e. 2ª Turma Criminal do TJDFT que negou provimento a reclamação proposta pelo MPDFT.

#### **1 Resumo dos Fatos**

O Ministério Público ajuizou denúncia em desfavor de R. S. S. pela prática do delito capitulado no art. 157, caput, do CPB (doc. 01).

Instaurada a ação penal, a audiência de instrução se realizou em 14/08/2008. Nessa data, já estava em vigor a Lei n. 11.690/2008, que

deu nova redação ao artigo 212 do CPP. Na audiência, em questão preliminar, o Ministério Público formulou requerimento ao juízo para que aplicasse a ordem das perguntas previstas no art. 212 do CPP, de forma que primeiro as partes pudessem perguntar e após o juízo somente complementasse as perguntas sobre os pontos não esclarecidos (doc. 02).

Todavia, o Juízo reclamado, por entender que a ordem de formulação de perguntas permaneceu inalterada, indeferiu o pedido do Ministério Público.

Diante disso, o Ministério Público propôs no TJDFT reclamação contra o *error in procedendo* pelo desrespeito à ordem de realização das perguntas prevista no art. 212 do CPP, que restou, assim, violado. Apontou, também, desrespeito ao artigo 129, inciso I (sistema acusatório); inciso LIV, do artigo 5º (devido processo legal); e inciso III, do artigo 1º (dignidade da pessoa humana) (doc. 3).

A manifestação do *Parquet* naquele Tribunal foi pelo acolhimento do pedido (doc. 4).

No entanto, a e. Corte, aqui apontada como coatora, apesar de reconhecer a violação ao artigo 212 do CPP, daí não extraiu qualquer consequência jurídica, em flagrante violação a garantias constitucionais elencadas pelo Ministério Público (doc. 5 - Reclamação nº 2008.00.2.011792-3).

## **2 A legitimidade do Ministério Público, a Competência do Superior Tribunal de Justiça e os Demais Pressupostos Processuais e Condições da Ação**

O Ministério Público, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis (CF, art. 127), tem como função institucional zelar pelo respeito dos poderes públicos aos direitos

assegurados constitucionalmente, promovendo as medidas necessárias para tanto (CF, art. 129, II). Possui essa instituição, evidentemente, legitimidade para impetrar este *writ of mandamus*. Há muito já se afirmou sua legitimidade para casos como o presente. No colendo STF, os seguintes precedentes corroboram a afirmação:

HC nº 91024, Relatora: Min. ELLEN GRACIE  
DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008  
PACTE.(S): ANTÔNIO GERALDO DE OLIVEIRA  
IMPTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO NORTE  
COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Ementa

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. POSTULADO DO JUIZ NATURAL. ESPECIALIZAÇÃO DE COMPETÊNCIA (RATIONE MATERIAE). RESOLUÇÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Alegação de possível violação do princípio do juiz natural em razão da resolução baixada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. 2. *Reconhece-se ao Ministério Público a faculdade de impetrar habeas corpus e mandado de segurança, além de requerer a correição parcial (Lei nº 8.625/93, art. 32, I)*. 3. *A legitimidade do Ministério Público para impetrar habeas corpus tem fundamento na incumbência da defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis (HC 84.056, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJ 04.02.2005), e o Ministério Público tem legitimidade para impetrar habeas corpus quando envolvido o princípio do juiz natural (HC 84.103, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJ 06.08.2004)*. 4. O mérito envolve a interpretação da norma constitucional que atribui aos tribunais de justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, em consonância com os limites orçamentários, a alteração da organização e divisão judiciárias (CF, arts. 96, II, d, e 169). 5. O Poder Judiciário tem competência para dispor sobre especialização de varas, porque é matéria que se insere no âmbito da organização judiciária dos Tribunais. O tema referente à organização judiciária não se encontra restrito ao campo de incidência exclusiva da lei, eis que depende da integração dos critérios preestabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos dos tribunais. 6. A leitura interpretativa do disposto nos arts. 96, I, a e d, II, d, da Constituição Federal, admite que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação do tribunal

de justiça, desde que não haja impacto orçamentário, eis que houve simples alteração promovida administrativamente, constitucionalmente admitida, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional, de natureza especializada. 7. *Habeas corpus* denegado.

HC nº 90305/RN, Relator: Min. CARLOS BRITTO  
DJe-023 DIVULG 24-05-2007 PUBLIC 25-05-2007  
PACTE.(S): JOSÉ PINTO DA COSTA  
IMPTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO NORTE  
COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO QUE PRETENDE O RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO PROCESSANTE. O pedido de reconhecimento de incompetência absoluta do Juízo processante afeta diretamente a defesa de um direito individual indisponível do paciente: o de ser julgado por um juiz competente, nos exatos termos do que dispõe o inciso LIII do artigo 5º da Constituição Federal. *O Ministério Público, órgão de defesa de toda a Ordem Jurídica, é parte legítima para impetrar habeas corpus que vise ao reconhecimento da incompetência absoluta do juiz processante de ação penal.* Ordem parcialmente concedida para que, afastada a preliminar da ilegitimidade, o Tribunal Estadual aprecie o mérito como entender de Direito.

*HABEAS CORPUS* nº 79.572/GO - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do habeas corpus é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfm, da verdade.

No corpo desse último v. aresto, o eminente Ministro Marco Aurélio de Melo asseverou:

Registre-se, em primeiro lugar, que este habeas corpus veio a ser formalizado pelo Ministério Público do Estado de Goiás, estando a peça primeira subscrita pelo Procurador-Geral de Justiça Substituto, Dr. Altamir Rodrigues Vieira Júnior. O fato bem revela a *seriedade* da impetração e, mais do que isso, o *cumprimento do múnus público*, a atuação *equidistante* do Órgão, no que voltada à busca da *prevalência*

*do arcabouço normativo constitucional*, da predominância da verdade real, entendida esta última em seu sentido lato. A ação constitucional de habeas corpus *não possui balizamento rígido sobre legitimados*, abrangendo, a norma primária de regência para ajuizá-la, *qualquer do povo*, podendo, inclusive, *ser concedido de ofício*, o que se dirá quando *a impetração ocorre mediante ato de quem tem o dever de tornar prevalecente a ordem jurídica*. Neste sentido é a jurisprudência desta Corte, pouco importando a atuação de regra, como Estado-acusador, na persecução criminal. (g.n.).

Afigura-se, portanto, inadmissível a discussão sobre legitimidade do Ministério Público para manejo desta ação constitucional.

Registre-se, ademais, que a defesa do réu, regularmente intimada, corroborou as razões apresentadas pelo *Parquet* na Reclamação proposta na origem (doc. 06). Não há, pois, sequer que se cogitar em interferência na atuação do patrono constituído. Tampouco que a medida cuida, unicamente, da defesa de interesses da acusação.

Ainda que desnecessária, a adesão da defesa à tese legítima, sob qualquer enfoque, a atuação ministerial.

O *habeas corpus* objetiva, exclusivamente, ver reconhecido o direito do réu a uma audiência hígida, na qual se proceda à inquirição das testemunhas em estrita obediência à nova legislação processual, com as perguntas das partes e, em complemento, se for o caso, as do juiz.

Visa, ainda, a que se assegure o devido processo legal inscrito no rol de garantias constitucionais (CF, art. 5º, inc. LIV), bem como a defesa do sistema acusatório, também de estatura constitucional, vigente em nosso sistema processual penal.

Está em foco, pois, direito fundamental do cidadão e a preservação da ordem jurídica, ambos a exigirem interferência desta instituição.

Ademais, a e. Suprema Corte há muito definiu a eficácia do *writ* para invocar nulidades processuais absolutas.<sup>1</sup>

Trata-se, portanto, de clara hipótese de cabimento do remédio heroico. Afinal, a decisão atacada, ao negar qualquer consequência jurídica ao desrespeito ao artigo 212 do CPP, feriu de morte as garantias constitucionais previstas nos artigos 5º, inc. LIV, e 129, inciso I, da *Lex Maxima*.

A pretensão, adiante-se, prescinde de dilação probatória incompatível com o rito sumário do remédio heroico, porquanto basta, aqui, definir-se a correta interpretação do artigo 212 do CPP e artigos 5º, inc. LIV, e 129, inciso I, da *Lex Maxima*.

A matéria trazida à colação, enfim, versa sobre direito estrito, restando fixar-se o exato alcance jurídico das normas de regência, o que se amolda ao rito do remédio heroico, proveniente a coação, diretamente, de Tribunal de Justiça local, o que remete à competência originária do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar o *habeas corpus* (CF, art. 105, inc. I, alínea “c”).

### 3 Os Antecedentes da Causa

Com advento da Lei nº 11.690/08, nova redação foi conferida ao art. 212 do Código de Processo Penal:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (NR).

---

1 STF - HC 71.810/DF, 2ª Turma, DJ de 27/set/94 (impetrado pelo Promotor de Justiça Andreilino Bento Santos Filho).

Percebe-se, pois, que segundo a nova disciplina processual, as partes devem formular suas perguntas diretamente à testemunha e, apenas após a inquirição feita pela acusação e pela defesa, o juiz poderá complementá-la.

Busca-se, assim, reforço da imparcialidade do julgador ao torná-lo efetivamente equidistante dos interesses imediatos das partes, preservando-lhe para a eficaz complementação dos quesitos em busca, concretamente, sem outra preocupação, da verdade real. Nesse sentido, as considerações tecidas pelo culto representante do MPDFT Rodrigo de Abreu Fudoli (RCL nº 2008.00 2 011492-2):

De acordo com a nova regra, as partes (Ministério Público ou querelante, como autores, e réu) formularão suas perguntas diretamente à testemunha, mas o juiz não admitirá as perguntas que puderem induzir a resposta, que não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida (“*caput*”). Somente após a inquirição feita pelas partes é que o juiz poderá complementar a inquirição (parágrafo único).

Pela redação original do Código, autor e réu ocupavam posição cômoda e secundária nas audiências, somente realizando perguntas complementares quando - e se - um ou outro ponto não foi abordado pelo juiz em sua inquirição, que é a principal. A regra antiga colidia com o sistema acusatório (gestão das provas nas mãos das partes), o que veio a ser corrigido. O sistema de inquirição presidencial, pelo qual é vedado às partes se dirigirem pessoal e diretamente às testemunhas, foi superado pela nova lei. Em seu lugar, adotou-se o sistema do “*examination-in-chief*” (inquirição direta ou principal, feita pela parte que arrolou a testemunha), seguindo-se a “*cross examination*” (feita pela parte contrária, em *seguida*).<sup>2</sup> Após tomar o compromisso (se o caso) das pessoas que serão ouvidas, o juiz deve passar a palavra às partes.

Membros do Ministério Público e advogados (do querelante, do assistente de acusação e do réu), exercendo efetivamente o papel de parte, em plena consonância com o sistema acusatório, passam a ter o ônus de extrair das testemunhas as informações relevantes, inquirindo-

---

2 A respeito, vide RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. SP: RT, 2006. p. 190.

as em primeiro lugar.

Modifica-se assim positivamente o sistema de inquirição de testemunhas, que, anteriormente, deixava ao juiz a incumbência de fazer as perguntas mais importantes, e, não raro, esgotava a inquirição com seus questionamentos, levando as partes a um certo comodismo e, por outro lado, os juizes a certo comprometimento psicológico com a prova produzida, pois assumiam, ainda que inconscientemente, o papel de inquisidores.

A inovação legislativa trata de prestigiar o papel das partes na aquisição da prova, conferindo-se maior imediação entre as partes e as testemunhas e vítimas. Trata-se de aprimorar o sistema acusatório (abrigado na Constituição da República, art. 129, I), caracterizado que é, dentre outros aspectos, pela gestão da prova colocada na mão das partes, o que é louvável.

O papel do juiz passa a ser aquele que lhe é conferido tipicamente: o de preservar as garantias fundamentais das partes, em especial garantindo que o contraditório e outros princípios processuais sejam atendidos plenamente, proporcionando condições para que as partes produzam a prova num ambiente que viabilize, no futuro, uma decisão justa. Daí seu poder de indeferir perguntas inúteis, impertinentes ou repetidas.

Para que não haja dúvidas de que a ordem das perguntas foi alterada, tenha-se em vista que:

- a) a previsão das perguntas das partes está no “caput” do art. 212 do CPP, e a previsão de perguntas pelo juiz está somente no parágrafo único, devendo ser lembrado que o parágrafo único é acessório em relação ao “caput”;
- b) ao tratar das perguntas do juiz, o legislador empregou a expressão “poderá complementar a inquirição”. “Complementar” significa “tornar completo”, “concluir”, “rematar”, “preencher”, e só completa aquilo que se iniciou;
- c) a intenção do legislador foi nitidamente a de fortalecer o sistema acusatório, o que também foi a intenção do legislador constituinte, devendo-se ter em mente que permitir que as partes perguntem primeiro é mais compatível com o sistema acusatório do que a inquirição inicial pelo juiz;
- d) não faria sentido que o procedimento fosse “perguntas do juiz – perguntas das partes – complementação com perguntas do juiz”, como se se tratasse de uma espécie de “réplica” a ser exercida pelo juiz.

Também o Juiz Federal Nazareno Cesar da Silva Reis (REIS, Nazareno Cesar da Silva. Primeiras impressões sobre a lei n. 11.690/2008: a prova no processo penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1818,

23 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11414>>. Acesso em: 25 ago. 2008.):

A mais relevante das novidades é, sem dúvida, a que modifica a forma de inquirição das testemunhas. Migrou o CPP de um sistema essencialmente inquisitorial, em que o juiz não só preside os trabalhos como também protagoniza a inquirição, para um sistema mais próximo do *adversarial system* do direito anglo-americano, ou seja, um método de trabalho em que o magistrado apenas coordena a ação das partes, deixando à acusação e à defesa a tarefa de indagar diretamente as testemunhas sobre os pontos que considerem relevantes. Ao transferir às partes o ônus da inquirição, a lei procurou naturalmente garantir mais isenção ao juiz, ao tempo em que conferiu maiores responsabilidades aos sujeitos parciais do processo, presumivelmente os grandes interessados na produção da prova. Em todo caso, o velho princípio da verdade real não foi abandonado, pois a lei buscou uma solução conciliatória, ao admitir que o juiz indague as testemunhas sobre pontos “não esclarecidos.

As ensinanças de Eugenio Pacelli Oliveira trilham o mesmo caminho (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. RJ: Lumen Juris, 2008, p. 331-356):

Nos termos do art. 212, CPP (Lei 11.690/08), as testemunhas serão inquiridas diretamente pelas partes (e não mais por meio do juiz), *cabendo ao juiz, após as perguntas e respostas, complementar a inquirição. Note-se: complementar. A modificação, portanto, é total, afastando o juiz da função de explorar, prioritariamente, a prova.*

A Lei 11.690/08 trouxe importante alteração no procedimento de inquirição de testemunhas.

Ali se prevê que as perguntas das partes serão feitas diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem a repetição de outra já respondida (art. 212, CPP). *E, mais ainda, prevê que o juiz poderá complementar a inquirição, sobre pontos eventualmente não esclarecidos (art. 212, parágrafo único, CPP).*

Observa-se, então, que a medida encontra-se alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova, evitando-se o risco, aqui já apontado, de tornar-se o magistrado um substituto do órgão de acusação.

Assim, as partes iniciam a inquirição, e o juiz a encerra.

O Procurador de Justiça do MPDFT Rogerio Schietti (SCHIETTI, Rogerio. Com a palavra, as partes. *Boletim do IBCCRim*, São Paulo, n. 188, julho de 1988.) observou:

Parece-nos que, sem embargo do relevo dessas alterações legislativas, a que produzirá maior mudança na rotina dos profissionais do foro criminal é a consubstanciada no artigo 212 do CPP, que passa a ter a seguinte redação:

Art.212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

A simples leitura desse dispositivo faz aflorar a percepção quanto a duas importantíssimas modificações na metodologia de colheita da prova oral: (a) *as perguntas à vítima e às testemunhas passarão a ser feitas diretamente a esses sujeitos processuais* (exame direto), *sem a intermediação judicial* (exame judicial); (b) o juiz, na tomada dos depoimentos, deverá assegurar *às partes a iniciativa das perguntas*, reservando a si o papel de complementar a inquirição, diante de eventual dúvida ou omissão sobre o *thema probandum*.

A mudança é alvissareira. Nosso sistema processual penal, em que pese caracterizado como acusatório (com separação das funções de acusar, defender e julgar), nunca conseguiu livrar-se do ranço inquisitorial que vem de longa data. Recorde-se das primeiras décadas de vigência de nosso primeiro Código de Processo Criminal do Império, quando os policiais detinham funções judiciais e os juizes, funções policiais (policialismo judiciário). Exemplo disso era a nomeação, entre os desembargadores e juizes de Direito, para exercerem, também, a função de chefe de polícia e delegado.

A confusão de papéis também atingiu, no passado, o órgão oficial de acusação. Vale como exemplo, ainda no Império, a denominação dos membros do Ministério Público em segundo grau como “desembargadores promotores de Justiça” (Decreto nº 1.723, de 16/02/1856). Na República, a confusão de papéis se mostrava nítida na composição de tribunais, como o Tribunal de Justiça de São Paulo, onde o procurador-geral podia tomar parte no julgamento das causas, como

relator ou revisor(1). O que dizer então do largo período — interrompido com a Carta Magna de 1988 — em que a redação original do Código de 1941 permitia ao juiz de Direito iniciar processos, por meio de portaria (os assim chamados processos judicialiformes), tal como ocorria, por exemplo, no procedimento sumário das contravenções? O fato é que essas anomalias na distribuição dos papéis principais desempenhados na persecução penal ainda afetam, nem sempre conscientemente, a praxe do foro criminal, como o demonstra o hábito judicial de iniciar os depoimentos das testemunhas e ofendido, deixando às partes o papel complementar na colheita da prova oral.

Com a vigência da Lei 11.690/08, expurga-se tal lógica inquisitorial, reservando-se às partes o bem-vindo protagonismo na iniciativa probatória, *sem, todavia, privar o juiz de complementar, se necessário, a comum missão de buscar a verdade sobre os fatos subjacentes à imputação*, conforme a dicção dada ao artigo 156 do CPP.

Por fim, em workshop organizado pela Escola da Magistratura do TRF 4ª Região (18 e 19 de agosto de 2008 – Porto Alegre/RS), sobre essa alteração no código de processo penal os Magistrados concluíram:

A redação do artigo 212 do CPP confere às partes a prerrogativa de primeiro formular perguntas às testemunhas, podendo o juiz intervir a qualquer momento, perguntando, esclarecendo ou indeferindo-as. Na ausência ou deficiência de perguntas das partes, é dado ao juiz formulá-las de forma complementar e subsidiária.<sup>3</sup>

Cumpre, outrossim, salientar que o advento da Constituição Federal de 1988 definiu, em seu artigo 129, inciso I, o sistema acusatório como o vigente em nosso sistema processual penal (HC 84051/PR, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 02-03-2007): “No ordenamento jurídico brasileiro, vigora o sistema acusatório”.

É, pois, o Ministério Público, titular da ação penal pública incondicionada, o legitimado, constitucionalmente, para atuar no pólo ativo das demandas criminais em todas as suas fases e, como

3 Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?no=531>>.

consequência, produzir as provas necessárias para confirmar o substrato fático dos seus pedidos. Em contrapartida, à defesa cabe sustentar, como for de seu alvedrio, os interesses dos réus.

Cabe ao juiz, nesse contexto, a posição de imparcial garantidor da igualdade das partes e do contraditório, o que remete a sua iniciativa probatória em sucessão e complementação às partes, em prol da verdade material.

Afigura-se assim, sem dúvida, conflitante com o sistema acusatório constitucional e com as normas processuais que o corroboram, permitir ao julgador poder instrutório preferencial, circunstância que turvaria a garantia do juiz imparcial.

Portanto, ao contribuir para a parcialidade do julgador, a inquirição de testemunhas *contra legem* acarreta, inequivocamente, nulidade absoluta. Sob esse aspecto, é precisa a lição do Promotor de Justiça Thiago André Pierobom de Ávila (ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A nova ordem das perguntas às testemunhas no processo penal. CPP, art. 212. *Jus Navigandi*, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11604>>):

Assentado que o art. 212 do CPP efetivamente estabelece que as partes deverão perguntar primeiro e o juiz deverá perguntar ao final, cumpre analisar qual será a consequência desta atipicidade processual.

As normas relativas à produção da prova em juízo são normas de garantia, na medida em que estabelecem um mecanismo que é predisposto a uma melhor formação da verdade no processo. Ademais, especificamente este dispositivo do art. 212 do CPP, visa assegurar maior imparcialidade e isenção ao magistrado, em consonância com o sistema acusatório previsto na Constituição Federal.

A nova regra do art. 212 visa quebrar uma cultura secular de inquisitorialidade judicial. Há uma forte resistência à mudança das regras. Talvez alguns Promotores de Justiça não desejem a alteração da regra pois ela implicará na obrigação deles deverem assumir sua responsabilidade constitucional de efetivamente promover a ação penal, havendo, em consequência, maior trabalho aos Promotores de Justiça, que deverão preparar-se adequadamente para as audiências

para preparar suas perguntas às partes (já que deverão perguntar em primeiro lugar e o ônus de provar é todo seu). Talvez alguns Juizes também não vejam com bons olhos a alteração, pois temam que ela signifique simbolicamente perda de poderes pelo magistrado (tanto que houve proposta oriunda de comissão do Poder Judiciário para Emenda Modificativa do dispositivo quando de sua tramitação no Senado Federal), descurando que a função do magistrado juiz imparcial, presidente da ordem dos trabalhos, e fiscal da restrição dos direitos fundamentais é das mais relevantes na estrutura garantista de processo. Todos são resistentes a mudanças, especialmente o é o Poder Judiciário, guardião da ordem e tradicional por definição. Para se mudar uma cultura secular de ranço inquisitivo é necessária uma postura também radical.

Caso os Tribunais afirmem que a violação à ordem das perguntas prevista no art. 212 não gere qualquer nulidade, não haverá qualquer adesão dos magistrados ao novo regramento legal. Significará afirmar que o dispositivo determina que o juiz pergunte ao final, mas se o juiz violar a norma não haverá qualquer sanção. Portanto, os juizes estão liberados para continuar violando reiteradamente o novo dispositivo legal e mantendo a tradição inquisitiva de desde sempre. Não há direito sem sanção e para que haja efetividade da nova norma é essencial que os Tribunais assegurem seu *enforcement*, mediante a criação de um efeito dissuasório às violações.

Se reconhecermos que a norma legal do art. 212 do CPP, que assegura cumprimento ao sistema acusatório, é uma norma importante, então deve existir uma sanção à sua violação, e esta sanção não pode ser outra que não a nulidade do ato processual. Sobre as nulidades, afirma Carrara <sup>[17]</sup>:

Sanção natural é a nulidade de qualquer ato que viole [as normas legais relativas ao procedimento probatório]. Um Código de Processo que prescreve certas formas sem decretar a anulação daquilo que foi feito em contravenção daquelas formas é uma mistificação maliciosa, com a qual se quis fazer crer ao povo que obtém a proteção dos honestos, enquanto nada disso é garantido.

É certo que não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Em nosso entendimento, o prejuízo está presente pela violação à necessidade de uma postura do juiz coerente com o sistema acusatório, de maior imparcialidade e distanciamento da produção da prova. Juiz que se recusa a aplicar o ordem das perguntas prevista no art. 212 do CPP é juiz que não aceita a ordem de valores prevista na Constituição Federal e no sistema acusatório, é um juiz que ainda acredita que ele é o principal responsável por trazer as provas de acusação, é um juiz que quer investigar os fatos, é um juiz que se afasta do modelo de imparcialidade previsto na Carta Magna e ora concretizado com a

reforma processual.

Sobre a nulidade absoluta decorrente da violação a normas constitucionais, assim se manifestam Grinover, Fernandes e Gomes Filho <sup>[18]</sup>:

Os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo. [...]

Nessa dimensão garantidora das normas constitucionais-processuais, não sobra espaço para a mera irregularidade sem sanção ou nulidade relativa. A atipicidade constitucional, no quadro das garantias, importa uma violação a preceitos maiores, relativos à observância dos direitos fundamentais e a normas de ordem pública.

Assim, o prejuízo está presente pela necessidade de assegurar aplicação concreta ao novo sistema de valores previsto na Constituição Federal e que a reforma processual veio dar realização prática. O prejuízo decorre da necessidade de seriedade no sistema jurídico. Assim, o prejuízo na violação da ordem das perguntas previstas no novo art. 212 do CPP, decorrentes da concreção de preceitos constitucionais, é presumido: há nulidade absoluta dos depoimentos colhidos com violação.

Colhe-se das ensinanças, portanto, que o desrespeito ao artigo 212 do CPP acarreta imperfeição tão grave que não admite convalhecimento. Desnecessária, ademais, a demonstração de prejuízo para anulação dos atos daí decorrentes. Pode, outrossim, a eiva ser invocada em qualquer tempo e grau de jurisdição e, por fim, deve ser decretada de ofício.

#### **4 Ato Coator. Ilegalidade. Nulidade absoluta. Negativa de Vigência ao Artigo 212 do CPP, Desrespeito ao Devido Processo Legal e ao Sistema Acusatório.**

A e. Corte local, não obstante afirmar que houve o desrespeito ao artigo 212 do CPP, asseverou que da violação não se originou qualquer vício comprometedor da lisura do feito. Colhe-se da ementa da decisão (doc. 05):

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCESSO PENAL. RITJDFT. DEVIDO PROCESSO LEGAL E SISTEMA ACUSATÓRIO. ARTIGOS 5º. LIV E 129, I, DA CARTA MAGNA. ART. 212 DO

CPP. ART. 84, II, DO REGIMENTO INTERNO. PREJUÍZO PARA O RECLAMANTE. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO NA AUDIÊNCIA, INCLUSIVE, REIQUIRINDO TESTEMUNHAS. RECURSO DESPROVIDO.

1. O novo texto do art. 212, do Código de Processo Penal, esclareceu que as indagações, doravante, serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, e o *Parágrafo único*, de forma incontroversa, ser a inquirição pela autoridade judiciária *complementar*.

2. No presente caso, a audiência foi realizada, e, em virtude das respostas dadas pelas testemunhas, conforme fls. 117-119, não se percebe o mínimo indício de comportamento irregular por parte do magistrado, que formulou perguntas sobre os meios, motivo e oportunidade utilizados pelo réu para cometer o delito. Dela participaram o d. Promotor de Justiça e a d. Defesa Técnica do réu, inclusive, formulando indagações. Não se percebe ter sido imparcial a autoridade judiciária.

3. Além do mais, conforme inciso II, do art. 184, do RITJDFT, exige-se, para acolhimento da reclamação, que do ato processual surja dano irreparável ou de difícil reparação para o reclamante, situação fática que não ocorreu, pois, conforme realçado, da audiência participou o d. Promotor de Justiça, inclusive, também reinquirindo as testemunhas.

4. Nenhuma ofensa aos arts. 5, LIV e 129, I, da Constituição Federal.

Há, pois, situação de flagrante ilegalidade na decisão coatora, na medida em que encampou nulidade absoluta ocorrida em primeiro grau.

Com efeito, o douto juízo da 1ª Vara Criminal da Circunscrição de Ceilândia/DF, contrariamente ao previsto no artigo 212 do CPP, formulou, durante a audiência de instrução no feito noticiado, suas perguntas antes das partes. Reza o dispositivo:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Percebe-se, segundo a nova disciplina processual, que as partes devem formular suas perguntas diretamente à testemunha e, apenas

após a inquirição feita pela acusação e pela defesa, o juiz poderá complementá-la.

A coação, portanto, é evidente, pois apontado ato instrutório em desacordo com as normas processuais vigentes. O artigo 212 do CPP, ilegalmente afastado da sua órbita de regência, busca o reforço da imparcialidade do julgador ao torná-lo efetivamente equidistante dos interesses imediatos das partes, preservando-lhe para a eficaz complementação dos quesitos em busca, concretamente, sem outra preocupação, da verdade real.

O desrespeito, portanto, à formula processual em questão depõe contra a garantia do juiz imparcial. Afinal:

O Juiz que se recusa a aplicar a ordem das perguntas prevista no art. 212 do CPP é juiz que não aceita a ordem de valores prevista na Constituição Federal e no sistema acusatório, é um juiz que ainda acredita que ele é o principal responsável por trazer as provas de acusação, é um juiz que quer investigar os fatos, é um juiz que se afasta do modelo de imparcialidade previsto na Carta Magna e ora concretizado com a reforma processual. (Thiago Ávila, *op. cit.*)

Colhe-se das ensinanças, portanto, que o desrespeito ao artigo 212 do CPP acarreta imperfeição tão grave que não admite convalescimento. Desnecessária, ademais, a demonstração de prejuízo para anulação dos atos daí decorrentes. Pode, outrossim, ser invocada em qualquer tempo e grau de jurisdição e, por fim, deve ser decretada de ofício.

Nessa senda, há indicação precisa de ilegalidade que denota clara hipótese de nulidade absoluta.

Assim, revela-se evidente que a impetração busca, apenas e tão somente, no caso concreto, a prevalência do arcabouço normativo processual constitucional. Almeja ainda, mas a partir da correção da ilegalidade individualmente posta, é preciso que se assente, a posição dos Tribunais maiores sobre o tema.

Não se está, de forma alguma, importante frisar, na defesa de interesses da acusação. A impetração, reitere-se, busca, no caso concreto, o respeito ao devido processo legal e ao sistema acusatório, encampados, legislativamente, pelo artigo 212 do CPP.

É importante salientar que o sistema acusatório, de estatura constitucional, tem por objetivo primeiro estabelecer nítida separação entre as funções de acusador e de juiz. Trata-se de norma de garantia estabelecida em favor dos acusados, pois privilegia, acima de tudo, a imparcialidade do julgador. Nesse sentido, a precisa lição de Paulo Rangel (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, 11. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006):

O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é o órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição (cf. Item 1.7, supra), todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim, no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu.

No sistema acusatório, o juiz não mais inicia, *ex officio* a persecução penal *in iudicium*. Há um órgão próprio, criado pelo Estado, para propositura da ação. Na França, em fins do século XIV, surgiram os *les procureurs du roi* (os procuradores do rei), dando origem ao Ministério Público. Assim, o titular da ação penal pública passou a ser o Ministério Público, afastando, por completo, o juiz da persecução penal.

Joan Verger Grau deixa consignado em sua obra que:

O importante é não encomendar ambas as tarefas (acusar e julgar) a mesma pessoa: o juiz. A separação inicial de ambas as funções é pressuposto necessário mesmo que não suficiente para configurar o caráter acusatório do processo.

No fundo a última razão do processo acusatório é a de preservar a imparcialidade do juiz, para que seja um autêntico julgador supra partes (La Defensa del imputado Y el Principio Acusatorio, Barcelona, Bosch, 1994, p. 23). (g.n.)

Não se duvida, pois, que com a afirmação do sistema acusatório reforça-se a imparcialidade do julgador. Por outro lado, condutas antagônicas a esse sistema, v.g. desrespeito ao artigo 212 do CPP, contrariam a garantia constitucional.

Há, ainda, que se destacar que a audiência de instrução realizada em desacordo com o artigo 212 do CPP afronta o princípio constitucional do devido processo legal e seus consectários (art. 5º, LIV, da CF/1988). Tal eiva, causa de nulidade absoluta processual, por certo, é passível de corrigenda pelo *writ*<sup>4</sup>. No mesmo sentido a jurisprudência dessa e. Corte, *in verbis*:

Em regra, o habeas corpus é via adequada para decidir questões de competência, nulidades, prescrição e cerceamento do direito de defesa, a não ser que dependam de exame aprofundado de provas. (LEX, 89:30) (g.n.).

E também: STF - HC 88.914-SP, DJ 5/10/2007, e STJ - HC 108.457-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 18/9/2008.

Ainda que se admita, *ex hipotesys*, tratar-se a violação do artigo 212 do CPP de nulidade relativa, sendo necessária a demonstração do prejuízo, o caso em desate permite a anulação do ato também se partindo dessa premissa.

Com efeito, em 16/9/2008, o paciente foi sentenciado e condenado a 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime *fechado* (doc. 7).

É, por óbvio, evidente o prejuízo para o réu. A sentença foi prolatada por juiz com imparcialidade questionada, na medida em que teve inadmissível iniciativa probatória. Por outro lado, as provas colhidas ilegalmente fundamentaram o decreto condenatório, o que, a

---

4 STF - HC 71.810/DF, 2ª Turma, DJ de 27/set/94 (impetrado pelo Promotor de Justiça Andreilino Bento Santos Filho).

toda evidência, acarretou flagrante injustiça. Registre-se, ademais, que o ato de colheita de provas foi oportunamente impugnado pelo Promotor de Justiça oficiante (doc. 2).

Não se pode, portanto, sob qualquer ótica, negar a existência de clara hipótese de cabimento e deferimento do remédio heroico.

Permita-se a repetição, o *habeas corpus* objetiva, exclusivamente, ver reconhecido o direito do réu a uma audiência hígida, na qual a inquirição das testemunhas se dê em estrita obediência à nova legislação processual, com as perguntas das partes e, em complemento, se for o caso, as do juiz. Visa, ainda, assegurar o devido processo legal inscrito no rol de garantias constitucionais (CF, art. 5º, inc. LIV), bem como a defesa do sistema acusatório, também de estatura constitucional, vigente em nosso sistema processual penal.

Em foco, pois, direito fundamental do cidadão e a preservação da ordem jurídica.

Nessa senda, há indicação precisa de ilegalidade praticada em primeiro grau que denota clara hipótese de nulidade absoluta. Confirmada, ademais, pelo e. Colegiado apontado como coator. Também inequívoca a legitimidade do impetrante e que tal eiva deveria ser corrigida por meio da reclamação proposta na origem. Nessa ordem, o Tribunal coator, ao negar-se a examinar a apontada ilegalidade por afirmar a inexistência de qualquer vício, em flagrante desrespeito aos arts. 5º, inc. LIV, e 129, inciso I, da *Lex Maxima*, deu azo à coação ilegal apontada, o que implicou no ajuizamento deste pedido.

## **5 Concessão do *Writ* pelo STJ. Peculiaridades que Recomendam o Exame pelo STJ.**

Definida, pois, a legitimidade do impetrante e o cabimento do *habeas* para equacionamento da questão deduzida, urge se evidenciar a

necessidade de que essa e. Corte decida sobre a coação perpetrada pelo juízo do DF.

Já se demonstrou que a e. Corte local, não obstante afirmar que houve o desrespeito ao artigo 212 do CPP, asseverou que da violação *não se originou qualquer vício comprometedor da lisura do feito*.

A decisão coatora, é inequívoco, encampou nulidade absoluta ocorrida em primeiro grau.

Por outro lado, várias razões recomendam o exame liminar da questão por esse Sodalício.

Com efeito, os doutos juízos criminais desta unidade da federação, em sua esmagadora maioria, contrariamente ao previsto no artigo 212 do CPP, vêm formulando, durante as audiências de instrução, suas perguntas antes das partes. Também evidenciado tratar-se tal eiva de nulidade absoluta.

Segundo esclarecimento de um dos Juízos, houve reunião no e. Tribunal de Justiça do DF (12/08/2008) para discussão do tema (doc. 8). Na oportunidade, orientou-se os magistrados com atuação em varas criminais que iniciassem as inquirições das testemunhas tal como antes do advento da nova lei.

Percebe-se, pois, que a violação ao artigo 212 do CPP é a regra na justiça criminal comum do DF. Tal situação, ademais, ao que tudo indica, conta com o beneplácito do e. TJDFT. No que depender, portanto, daquela e. Corte, a situação de ilegalidade vai ser mantida.

Por outro lado, as nulidades daí decorrentes, absolutas como já demonstrado, contaminaram e continuam contaminando, diariamente, um incontável número de feitos criminais por todo o Distrito Federal.

Tal situação, gravíssima, acarretará, caso não solucionada, atrasos, repetição de atos, anulação de decisões. Tudo isso, sem dúvida, em oposição aos princípios que regem nosso sistema processual.

Registre-se que a magnitude e abrangência da questão deduzida reclama a atuação desse e. Tribunal, mormente em face da posição já assumida pela Magistratura local, o que torna inócua qualquer medida judicial deduzida no e. TJDF.

É de se salientar que a definição do tema por essa e. Corte, não se pode negar, prestigiará a tendência legislativa de se dar a questões multitudinárias soluções rápidas, com qualidade e que evitem nas Cortes Superiores uma inútil sobrecarga de trabalho. Assim é a Lei da repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), e a lei dos recursos repetitivos, no Superior Tribunal de Justiça (STJ). É, pois, de suma importância racionalizar a carga de processos nos tribunais sob o risco de o Poder Judiciário se inviabilizar pelo excesso de recursos.

A atuação célere do STJ, no caso, prevenirá, certamente, pelo efeito pedagógico, o manejo de numerosas ações e recursos nascidos da incorreta interpretação da nova disciplina processual penal. A análise do tema, por um Tribunal nacional, apresentará um norte aos magistrados brasileiros e segurança a todos jurisdicionados do país.

## 6 Liminar

A fumaça do bom direito, é certo, restou demonstrada ao longo do pleito. Houve uma nulidade absoluta, confirmada pelo órgão coator, por violação ao artigo 212 do CPP e artigos 129, inciso I, e 5º, inc. LIV, da *Lex Maxima*, que contaminou a colheita de provas em audiência. Tal eiva, todavia, não foi declarada. Inequivocamente, presente um ato coator passível de impugnação pelo *writ*. Nesse sentido a jurisprudência do e. STJ, *in verbis*:

Em regra, o habeas corpus é via adequada para decidir questões de competência, *nulidades*, prescrição e cerceamento do direito de defesa, a não ser que dependam de exame aprofundado de provas. (LEX 89:30).

(g.n.).

Evidente, ainda, o perigo na demora, afinal, o paciente já foi condenado (doc. 7). Devem, pois, serem obstados os efeitos da sentença até análise final deste pedido, sob pena de serem realizados atos que, certamente, serão anulados com o deferimento desta ordem e deverão, por conseguinte, ser refeitos. Também para evitar que produza efeitos a sentença prolatada por juiz com imparcialidade questionada, na medida em que teve inadmissível iniciativa probatória. Por outro lado, as provas colhidas ilegalmente fundamentaram o decreto condenatório, o que, a toda evidência, acarretou flagrante injustiça. O paciente foi condenado *a 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão*, em regime *fechado*.

Tal situação, percebe-se, deve ser, liminarmente, equacionada, sob pena da ocorrência de novas ilegalidades, atrasos, repetição de atos, anulação de decisão. Tudo isso, sem dúvida, em oposição aos princípios que regem nosso sistema processual.

## **7 Pedido**

Em face do exposto, requer o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:

a) a concessão de medida liminar para que, preventivamente, se determine a paralisação da Ação Penal nº 2007.03.1.006253-0 (1ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Ceilândia/DF) e que seja obstado, até julgamento deste writ, o cumprimento da sentença condenatória;

b) a solicitação de informações à Corte coatora;

c) a oitiva do Ministério Público;

d) a concessão da ordem de habeas corpus, no mérito, para decretar-se a nulidade da audiência indicada e dos atos subseqüentes, bem como para que se determine ao juízo criminal da 1ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Ceilândia/DF que proceda à inquirição das testemunhas em estrita obediência ao artigo 212 do CPP, com as perguntas das partes e, em complemento, se for o caso, as do juiz.

Pede deferimento.

Brasília, 7 de novembro de 2008.

**Maria Aparecida Donati Barbosa**  
Vice-Procuradora-Geral de Justiça

**Evandro M. S. Gomes**  
Promotor de Justiça – Assessor da PGJ



---

## Normas Editoriais para os Autores

Os trabalhos originais inéditos para publicação na *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, ISSN 1518-0891, periodicidade anual, deverão ser encaminhados para o seguinte endereço eletrônico: *conedit@mpdft.gov.br*. Após o recebimento, o Conselho Editorial enviará o aviso de recebido ao autor.

O Conselho Editorial da Revista ficará à disposição dos autores para dirimir possíveis dúvidas sobre o andamento do processo de análise/avaliação dos textos enviados, por meio do endereço eletrônico: *conedit@mpdft.gov.br*.

Os textos encaminhados para publicação não podem ter sido publicados nem estar pendentes de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.

Os artigos serão submetidos à apreciação do Conselho Editorial da Revista pelo sistema *blind peer review*/revisão cega por pares. O referido sistema de avaliação garante o anonimato dos autores, pareceristas e demais responsáveis pelo processo de avaliação.

O Conselho Editorial poderá aceitar ou vetar qualquer original recebido que não estiver de acordo com as normas editoriais da Revista. Assim como propor e/ou efetuar eventuais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical para adequação dos textos, respeitando, porém, o estilo dos autores. O material recebido e não publicado, bem como as provas finais, não serão devolvidos aos autores.

Os autores dos artigos aprovados deverão encaminhar ao Conselho Editorial o formulário de *Cessão de Direitos Autorais e Autorização para Publicação na Revista*, impressa e eletrônica, devidamente preenchido e assinado. A Cessão será válida por todo o prazo de direitos patrimoniais de autor, previsto na Lei Autoral Brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico. Não serão devidos direitos autorais ou prestada qualquer remuneração pela licença de publicação dos trabalhos na Revista. O autor cujo trabalho tenha sido publicado receberá 1 (um) exemplar da Revista.

Os artigos publicados na *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios* poderão ser republicados, total ou parcialmente, por outra publicação periódica, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da *fonte* de publicação original.

Recomenda-se a utilização de processador de texto *Microsoft Word*. Caso seja utilizado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (que permite leitura em todos os processadores de texto).

O tamanho do papel deve ser A4, com margens de 3 cm do lado esquerdo e superior, e 2 cm do lado direito e inferior. Os artigos devem ter entre 15 e 30 laudas.

Caso a publicação tenha imagens, enviar em arquivo separado, no tamanho natural que será utilizado, em alta resolução (300 dpi), nos formatos JPG, TIF ou photoshop (.psd) ou em formato vetorial coreldraw (cdr), adobe ilustrator (.ai ou .eps).

Os textos deverão ser redigidos em fonte *Times New Roman*, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5. Os parágrafos devem ser justificados, com recuo especial de 1 (um) cm na primeira linha; sem espaçamentos antes ou depois. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso do *itálico*, sem utilização do negrito ou sublinhado. As expressões em língua estrangeira deverão 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, deverão ser precedidos por uma página, contendo: nome(s) do(s) autor(es); endereço; telefone; fax e e-mail; qualificação acadêmica; filiação institucional; principal atividade exercida.

Os artigos devem ser apresentados de forma completa, contendo: 1. *Elementos pré-textuais*: a) título e subtítulo (se houver) em português; b) sumário; c) resumo informativo em português (de 100 à 250 palavras); d) relação de palavras-chave em português - no máximo 7 (sete). 2. *Elementos textuais*: a) introdução; b) desenvolvimento; c) conclusão. 3. *Elementos pós-textuais*: a) título e subtítulo (se houver) em inglês; b) resumo informativo em inglês; c) relação de palavras-chave em inglês; d) referências; e) anexos.

O sumário que precede o texto do artigo deverá ser numerado com as divisões do texto, em algarismos arábicos (NBR 6024/2003), separando uma divisão da outra por ponto e espaço. A introdução e a bibliografia não deverão ser numeradas. As divisões do sumário deverão ser apresentadas com até três níveis.

As referências deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), apresentadas ao final do texto, organizadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto são de responsabilidade do autor.

As citações deverão seguir as normas a NBR 10520/2002. Citações de mais de três linhas devem constituir um parágrafo com alinhamento justificado, espaçamento entre linhas simples, fonte tamanho 10, recuo de 4 cm da margem esquerda e sem aspas. As citações de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas e sem o uso de itálico.

Recomenda-se o uso de notas de rodapé apenas do tipo “notas explicativas”, usadas para comentários, esclarecimentos ou explanações que não possam ser incluídos no texto ou em casos em que sua inserção no texto cause uma interrupção muito grande na leitura. Não devem ser inseridas referências bibliográficas em notas de rodapé. As citações, notas de rodapé e as referências devem seguir as orientações das normas da ABNT NBR 10520 e 6023, respectivamente.

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: Speed Editora Gráfica e Brindes  
SIGT – Conjunto E – Lotes 7, 8 e 9  
CEP 72.153-505-900  
Taguatinga - DF, em dezembro de 2011.



