

Ano 9 - Nº 1  
jan./jun. 2017

Publicação Semestral  
ISSN 2176-7939

# Revista Acadêmica

Escola Superior do Ministério  
Público do Ceará



**MPCE**  
Ministério Público  
do Estado do Ceará



**ESMP**  
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

*Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará*  
*Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará*





**MPCE**  
Ministério Público  
do Estado do Ceará



**ESMP**  
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

# Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará

Ano 9, nº1  
(Jan./Jun. 2017)

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo – CRB3 1162

Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico]/Escola Superior do Ministério Público do Ceará – Ano 9, nº1 (Jan./Jun. 2017) - Fortaleza: PGJ/ESMP/CE, 2017

Semestral

ISSN 2176-7939

Resumo em português e inglês ou espanhol

Disponível também em versão eletrônica:

<https://www.mpce.mp.br/institucional/esmp/revista-eletronica/>

1. Direito - Periódico. I Ministério Público do Estado do Ceará

CDD 34

E-mail: revistaacademica.esmp@mpce.mp.br

# Expediente

## Procurador-Geral de Justiça

Plácido Barroso Rios

## Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público

Manuel Pinheiro Freitas

### Diretoria de Ensino

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

### Diretoria Administrativo-Financeira

Lise Alcântara Castelo

### Editor-Chefe

Enéas Romero de Vasconcelos (Brasil)

### Conselho Editorial

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

André Mauro Azevedo

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

Ednéa Teixeira Magalhães

Emerson Garcia

Luciana Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Antônio Abrantes Pequeno

Manuel Lima Soares Filho

Manuel Pinheiro Freitas

Mark Vlasic

Nicholas Cowdery

Rasmus Wandall

Silvio Marques

Vladimir Aras

Vladimir P. Zimin

### Corpo de Pareceristas

Alexandre de Oliveira Alcântara

André Araújo Barbosa

André Luiz Tabosa de Oliveira

André Zech Sylvestre

Cassius Guimarães Chai

Claude Girard

Douglas Fscher

Hugo Vasconcelos Xerez

Landolfo Andrade

Luis Jorge Cevasco

Luiz Alexandre Cirilo P. M. Cogan

Marcelo Mendroni

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Maria Carolina Beraldo

Maria Valeria Massaglia

Mark Leyll

Marina Matic Boskovic

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Nestor Alexandre Souza Júnior

Sergiy Nizhynskyi

### Apoio Técnico

Richardson Macedo de Carvalho

### Secretaria

Kelviane Sombra Lima

### Biblioteca

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo

CRB3 – 1162

### Projeto gráfico e diagramação

Everton Viana - CE 01799 DG

Periodicidade semestral

Resumo em português e inglês ou espanhol



**MPCE**  
Ministério Público  
do Estado do Ceará



**ESMP**  
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

Rua Assunção 1.200, José Bonifácio, Fortaleza-CE - CEP: 60.050-011

Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713

[www.mpce.mp.br/institucional/esmp](http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp)

# Sumário

APRESENTAÇÃO .....08

## **ARTIGOS NACIONAIS:**

POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL  
NA CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO  
*Aureliano Rebouças Júnior* ..... 11

O EFETIVO EXERCÍCIO DO TRABALHO NO SERVIÇO PÚBLICO PELAS  
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA POR MEIO DO MANDADO DE INJUNÇÃO  
*Carlos César Sousa Cintra*  
*Milena Sousa de Oliveira* .....37

IMPRESINDIBILIDADE DA INTERVENÇÃO  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA USUCAPIÃO  
*Ednéa Teixeira Magalhães*  
*Zilda Carolina Dias Paiva Cândido* .....65

A JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES AMBIENTAIS E OS SEUS  
IMPACTOS DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO:  
UM ESTUDO DE CASO DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.985/2000  
*Jaiana Lopes de Araújo*  
*Ana Carolina Barbosa Pereira Matos*  
*Maria da Paz Kannoock Alves Pereira* .....85

LIBERDADE VIGIADA: REFLEXÕES SOBRE  
O MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO BRASIL  
*Leo Junqueira Ribeiro de Alvarenga* .....107

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, SISTEMA ACUSATÓRIO E MINISTÉRIO  
PÚBLICO: SIMILITUDES E DIFERENÇAS ENTRE OS CÓDIGOS DE  
PROCESSO PENAL PORTUGUÊS E BRASILEIRO  
*Marcus Vinícius Amorim de Oliveira* .....131

DENUNCIACÃO DA LIDE EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA  
DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS  
*Renato Pessoa Manucci* .....167

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO  
*Ythalo Frota Loureiro* .....185

**ARTIGOS INTERNACIONAIS:**

GOOD GOVERNANCE OF THE EUROPEAN PROSECUTION  
SERVICES IN THE ANTI-CORRUPTION CONTEXT  
*Elnur Musayev* .....211

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA  
EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
*Fernando M. Rodrigo* .....237

CHALLENGES IN PERFORMANCE  
EVALUATION SYSTEM OF PROSECUTORS  
*Goran Ilic´*  
*Marina Matic´ Boškovic´* .....271

LOS MENORES COMO SUJETOS PASIVOS  
DEL DERECHO PENAL. TRATAMIENTO Y PROTECCIÓN  
*Gretter Valdés Rosales*  
*Marisol Brito Villalta* .....287

PUBLIC PROSECUTORS TO DEFEND THE PUBLIC INTEREST:  
LEGITIMACY, OBJECTIVES, METHODS AND ACCOUNTABILITY  
*José P. Ribeiro de Albuquerque* .....301

EL FISCAL ANTE EL JUICIO ORAL  
*Lázaro Esteban Guzmán Díaz* .....317

# Apresentação

**T**emos a imensa satisfação de entregar à comunidade acadêmica e à sociedade mais uma edição da Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará (RAESMP). Durante os seus oito anos de existência, a RAESMP tem publicado artigos científicos sobre temas importantes para o debate público nas áreas do Direito e das Ciências Humanas, com ênfase na organização e funcionamento dos sistemas de justiça.

A partir desta 13ª edição (Ano IX, Junho 2017), a RAESMP passou a ter um novo Editor-Chefe - o Professor Ms. Enéas Romero de Vasconcelos-, ganhou uma versão impressa, publicou novas regras de submissão, adotou o método da revisão às cegas por pares (double-blind peer review) e definiu a quantidade mínima de artigos a serem publicados em cada volume.

Além disso, a RAESMP passou a receber artigos em Inglês e Espanhol escritos por profissionais e acadêmicos de várias partes do mundo e, para tanto, incorporou ao seu Corpo de Pareceristas e ao seu Conselho Editorial docentes e investigadores ligados a prestigiadas universidades na Argentina, na Austrália, no Brasil, no Canadá, na Dinamarca, nos Estados Unidos da América, na Rússia, na Sérvia e na Ucrânia.

As mudanças pretendem enriquecer o conteúdo da publicação, ao agregar estudos sobre princípios, normas, institutos e procedimentos adotados em diferentes ordenamentos jurídicos, os quais poderão servir como base para investigações científicas comparadas, bem como atender aos critérios de classificação no extrato B3 da QUALIS/CAPES para a área da pós-graduação em Direito, especialmente quanto à exogenia dos autores e dos membros do Corpo de Pareceristas e do Conselho Editorial.

Para a publicação deste volume, foram selecionaram 14 artigos dentre 18 contribuições de autores nacionais e 17 de autores estran-



geiros (da Argentina, do Azerbaijão, de Cuba, da Índia, do Peru, de Portugal e da Sérvia). Os autores abordaram temas de grande interesse e atualidade para procuradores, promotores, desembargadores, juízes, defensores, advogados, docentes e investigadores nas áreas do Direito Constitucional, do Direito Penal, do Direito Processual Penal, do Direito Civil, do Direito Processual Civil, do Direito Ambiental e do Direito da Infância e da Juventude.

Com o lançamento desta 13ª edição da sua Revista Acadêmica, a Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará reforça o seu compromisso com a produção e a difusão de conhecimentos úteis e relevantes para a Instituição Ministerial e para toda a sociedade brasileira. Além disso, a publicação de artigos em outras línguas também representa uma destacada contribuição da ESMP para a criação de uma rede mundial de escolas e centros de treinamento para procuradores e promotores, que tem sido incentivada pela International Association of Prosecutors.

Desejamos que os artigos publicados nesta edição possam contribuir para o aprimoramento do sistema jurídico brasileiro, como fontes de inspiração para proposições legislativas ou como lastros de fundamentação para formulações jurisprudenciais. Para além dos parlamentos e dos tribunais, esperamos que a Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará também aporte nas universidades e seja lida e apreciada por alunos, docentes e pesquisadores das ciências jurídicas e sociais.

Boa leitura!

Fortaleza, julho de 2017

**Manuel Pinheiro Freitas**

*Diretor-Geral da Escola Superior do  
Ministério Público do Estado do Ceará*

# Possibilidade de Intervenção Judicial na Crise do Sistema Penitenciário<sup>1</sup>

*Aureliano Rebouças Júnior<sup>2</sup>*

## **RESUMO**

O atual cenário caótico do sistema prisional brasileiro vem trazendo consequências extremamente danosas à sociedade. A omissão do Estado em implementar políticas públicas eficientes visando a reforma e a construção de estabelecimentos prisionais é causa determinante para a violação de inúmeros direitos fundamentais sociais insculpidos na Magna Carta. A suposta escassez de recursos financeiros, manifestada através da famigerada “reserva do possível”, não pode ser utilizada como escudo protetor a albergar a desídia contumaz de gestores públicos. O neoconstitucionalismo nos revela que a discricionariedade no exercício do poder não é absoluta, haja vista ser limitada pela Constituição, notadamente pelos direitos fundamentais. O Estado Democrático e Social de Direito demanda uma atuação positiva do Poder Público para efetivar direitos sociais, assegurando as condições básicas de sobrevivência para resguardar a dignidade da pessoa humana. O Estado deve proteger e fomentar os direitos fundamentais sociais, sob pena de sua omissão ser objeto de intervenção judicial com o escopo de assegurar uma proteção adequada e eficiente.

**Palavras-chave:** *Sistema prisional. Discricionariedade. Direitos*

---

<sup>1</sup> Data de recebimento: 18/05/2017. Data de aceite: 02/06/2017.

<sup>2</sup> Membro do Ministério Público do Estado do Ceará. Promotor titular da Promotoria de Justiça do Juri da Comarca de Juazeiro do Norte. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela ESMP. Especialista em Direito Público pela UGF. Especialista em Direito Processual pela UNAMA. Professor Universitário. E-mail: aureliano.junior@mpce.mp.br.

*fundamentais sociais. Constituição. Estado Democrático e Social de Direito.*

## **1 INTRODUÇÃO**

A crise do sistema penitenciário brasileiro, decorrente da superlotação dos presídios, das condições precárias dos estabelecimentos prisionais, da ausência de recursos humanos e materiais, e de inúmeras outras mazelas, vem produzindo consequências extremamente perniciosas á sociedade, despertando o ajuizamento de diversas demandas no Poder Judiciário.

Esse cenário desastroso vem sendo objeto de intensos debates no âmbito político e jurídico acerca das possíveis soluções que podem ser adotadas com o escopo de amenizar esse problema.

Porém, dentre as várias soluções debatidas, algumas parecem desvirtuar o verdadeiro foco do problema.

A superlotação dos presídios não é resultado de uma política de encarceramento desarrazoada encetada pelos órgãos de segurança pública e pelo Poder Judiciário, sob o pretexto de ocorrerem muitas prisões ilegais, mas decorre sim da falta de interesse político em investir no sistema prisional.

A competência para a implementação dessas políticas públicas é do Poder Executivo, que vem descurando de um dever constitucional de maneira sistemática e constante.

A partir da constatação dessa ineficiência do Estado em efetivar direitos fundamentais sociais albergados na Constituição, surge a controvérsia do presente trabalho, atinente a possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de políticas públicas com a finalidade de preservar a dignidade dos presos e a própria segurança da sociedade.

Para uma corrente mais conservadora, essa possibilidade deve ser rechaçada de imediato sob o argumento de que violaria a separação de poderes, estando a decisão sobre a efetivação de políticas públicas no âmbito da discricionariedade reservada ao gestor público. Ademais, sustentam que o Estado não dispõe de recursos financeiros para prover todas as necessidades da sociedade (reserva do possível) e que os direitos sociais não passam de meras normas programáticas, despidas de eficácia, configurando apenas compromissos dirigidos ao legislador e ao executivo.

Esse posicionamento deve ser visto com ressalvas, ainda mais no atual contexto de superação de paradigmas encetado pelo neo-constitucionalismo, com a ruptura de dogmas encardidos no Estado Liberal e no positivismo, passando a lei a ser interpretada à luz da Constituição, denotando a passagem para um Estado Democrático e Social de Direito.

Com a ascensão do Estado Democrático e Social de Direito, as funções do Estado devem ser dirigidas à concretização dos direitos fundamentais em suas diversas dimensões com o escopo de realizar os fins insculpidos na Constituição.

A patente omissão do Estado em implementar políticas públicas eficientes para garantir os direitos fundamentais sociais deve estar sujeita ao controle judicial, de maneira a assegurar o respeito aos preceitos constitucionais, notadamente àqueles destinados a assegurar o mínimo existencial.

As liberdades protegidas pelo ordenamento jurídico só podem ser efetivamente gozadas com a observância do direito à segurança, não podendo ser toleradas omissões flagrantemente inconstitucionais perpetradas pela desídia de gestores públicos, fato que não se coaduna com a exigência do Estado Democrático e Social de Direito de observância dos valores mais caros à sociedade.

## **2 A OMISSÃO ESTATAL DIANTE DA CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

O ordenamento jurídico pátrio consagra inúmeros dispositivos normativos que visam garantir direitos básicos dos presos, em respeito à dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLIX, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral como direito fundamental. A Lei de Execução Penal dispõe acerca de uma série de instrumentos que tem por escopo precípua resguardar direitos e garantias dos presos, de maneira a promover a adequada reinserção dos mesmos ao convívio social.

Porém, o atual cenário de total falência do sistema carcerário brasileiro retrata a omissão contumaz do Estado em promover as políticas públicas exigidas pela Carta Política e pelo arcabouço normativo pátrio, imprescindíveis à ressocialização dos presos.

Esse evidente colapso do sistema penitenciário é resultado de uma política desastrosa e completamente ineficiente do Estado, onde não são realizados os investimentos necessários para construção, ampliação e reforma dos estabelecimentos prisionais.

A superlotação, as condições precárias dos estabelecimentos prisionais brasileiros, as deficiências relativas à infraestrutura de pessoal e das diversas assistências previstas na Lei de Execução Penal, são fatores que contribuem para o alto índice de reincidência delitiva, afetando diretamente a segurança pública. Um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) a pedido do Conselho Nacional de Justiça revela que a cada quatro ex-condenados, um volta a ser condenado por algum crime no prazo de cinco anos, uma taxa de 24,4%<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>>. Acesso em 25, mar. 2017.

Nessa esteira, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) elaborou, em 2014, um relatório que informa ter o Brasil a quarta maior população prisional do mundo, com um total de 607.731 presos distribuídos nas penitenciárias Estaduais / Federais e carceragens de Delegacias. O retrocitado estudo relata também um déficit de mais 230 mil vagas nas prisões brasileiras, com uma taxa de ocupação de 161%, a quinta maior do mundo, denotando a patente omissão do Poder Executivo em realizar investimentos para a construção de presídios<sup>4</sup>.

O Conselho Nacional do Ministério Público também elaborou em 2016 um minucioso relatório que aponta as inúmeras carências do sistema prisional brasileiro, destacando a superlotação carcerária e as condições desumanas de custódia, informando que as cadeias públicas brasileiras possuíam em 2015 70% de presos a mais que a capacidade de lotação<sup>5</sup>.

Por outro lado, importa salientar que a população carcerária brasileira poderia ser ainda bem maior caso fossem devidamente cumpridos os mais de 566.000 mandados de prisão em aberto<sup>6</sup>.

Considerando os alarmantes números da população carcerária brasileira, a realização de mutirões carcerários foi instituída pelo Conselho Nacional de Justiça em 2008<sup>7</sup>, como forma de garantir o devido processo legal através da revisão das prisões de presos definitivos e provisórios, evitando a permanência indevida no cárcere dos sujeitos que possam ser contemplados com algum benefício previsto na Lei de Execução Penal, relaxamento, revogação de prisão preventiva, ou quaisquer outras benesses.

---

4 Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 20. , mar.2017.

5 Disponível em: <[http://www.cnpm.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro\\_sistema\\_prisional\\_web\\_7\\_12\\_2016.pdf](http://www.cnpm.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf)>. Acesso em 19, mar. 2017.

6 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/bnmp/#/relatorio>>. Acesso em 25, mar. 2017.

7 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em 21, mar. 2017.

Em que pese o esforço dos órgãos da justiça na realização dos referidos mutirões carcerários, o caos no sistema penitenciário brasileiro não arrefeceu, sendo agravado ainda por uma tensão entre os poderes constituídos, onde parcela dos representantes políticos insiste em atribuir ao Poder Judiciário a “culpa” pela superlotação dos presídios, em virtude de uma suposta presença maciça de presos em situação de ilegalidade.

Assim, ao invés de políticas públicas serem realizadas para a construção de presídios, desviam o foco do real problema da falta de investimentos no sistema prisional, buscando pensar meios de diminuir a população carcerária, como, por exemplo, o Projeto de Lei do Senado nº 513/2013, que discorre que toda vez que o estabelecimento penal atingir a capacidade, deve ser instaurado um mutirão para verificar a situação dos presos ali recolhidos. Se, ainda assim, a lotação não for normalizada, aquele que está mais próximo de cumprir a pena tem a liberdade antecipada<sup>8</sup>.

Tal proposta legislativa é completamente dissociada dos interesses da sociedade, olvidando-se que o atual cenário de violência e insegurança que acomete o Brasil não decorre do excesso de prisões, ainda mais num contexto em que significativa parcela dos crimes não se chega nem a elucidação da autoria<sup>9</sup>, pelo contrário, entremostrasse cada vez mais necessário uma repressão e combate eficientes às práticas delituosas.

Com efeito, a edição de diplomas normativos que dificultam a manutenção dos infratores da lei no cárcere vem crescendo nos últimos anos, na contramão do aumento da criminalidade. Nessa esteira, a *Lei nº 12.403/11 trouxe inúmeras inovações atinentes às prisões e medidas cautelares no processo penal, inserindo a prisão como ultima ratio em*

---

8 Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/01/05/projetos-alteram-lei-de-execucao-penal-para-solucionar-problemas-dos-presidios>>. Acesso em 23, mar. 2017.

9 “O índice de elucidação dos crimes de homicídio é baixíssimo no Brasil. Estima-se, em pesquisas realizadas, inclusive a realizada pela Associação Brasileira de Criminalística, 2011, que varie entre 5% e 8%.” Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf)>. Acesso em 25, mar. 2017.

*matéria de acautelamento da prestação jurisdicional penal, devendo o juiz privilegiar as outras diversas medidas cautelares em detrimento da prisão, só utilizando-se desta quando todas as demais forem ineficazes. A realização da audiência de custódia é outro mecanismo que visa em princípio coibir a manutenção de prisões ilegais. A pretexto de se observar o devido processo legal e o princípio da presunção de inocência obscurecesse a verdadeira preocupação com o advento das referidas medidas, qual seja, resolver o problema da superlotação dos presídios e das cadeias públicas.*

Ademais, em que pese a frequente alegativa utilizada pelo Poder Executivo de falta de recursos financeiros para a reforma e construção de presídios, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 580.252 no dia 16/02/2017, decidiu que o preso submetido à situação degradante e a superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos morais. A tese aprovada pelo Plenário da Suprema Corte considera que é dever do Estado manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, ressaltando inclusive a obrigação de ressarcir os danos causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento, com supedâneo no artigo 37, §6º da Magna Carta<sup>10</sup>.

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal pode gerar consequências nefastas para os cofres públicos, com a proliferação de demandas indenizatórias manejadas em face do Estado por praticamente todos os presos, já que o mencionado panorama caótico do sistema prisional é uma realidade que atinge todo o país.

Tal fato reflete um paradoxo inaceitável, na medida em que o Estado alega não ter recursos para investir no sistema penitenciário, mas será obrigado a indenizar o preso por essa omissão.

---

10 Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em 22. mar. 2017.



Além das condições precárias e da superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros, outro problema merece registro, o número insuficiente de colônias agrícolas/industriais, casas de albergado e estabelecimentos similares.

O artigo 33, §1º, alíneas “b” e “c”, do Código Penal estabelece que a execução da pena imposta em regime semiaberto deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e em regime aberto deve ser cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Em virtude da falta de estabelecimentos prisionais adequados ao cumprimento da pena em regime semiaberto e aberto, o Supremo Tribunal Federal editou recentemente a súmula vinculante nº 56, no sentido de determinar a prisão domiciliar do apenado nesses casos por não ser possível a sua manutenção em regime prisional mais gravoso, o que constituiria grave violação aos princípios da individualização da pena e da legalidade<sup>11</sup>.

Essa soltura antecipada do sentenciado pela falta de vagas em estabelecimento prisional adequado compromete a segurança pública, inserindo no convívio social condenados que não cumpriram integralmente sua pena, bem como demonstra o abismo que separa o plano legislativo da realidade fática, revelando uma síndrome de inefetividade legislativa aguda. Acrescente-se ainda que este entendimento desvirtua as finalidades retributiva, ressocializadora e principalmente a preventiva da pena, servindo de estímulo para a perpetração de crimes ante a impunidade latente.

Portanto, resta clarividente que o retrocitado cenário caótico do sistema prisional demonstra a patente omissão do Estado em efetivar direitos fundamentais estampados na Constituição, desrespeito este que não se revela pontual e isolado, pelo contrário, a ausência de investimentos nessa área é um problema que assola todas as unidades da federação e se prolonga por décadas.

---

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>>. Acesso em 22, mar. 2017.

### **3 UMA ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS**

A dignidade dos presos e a segurança pública são direitos fundamentais sociais materializados na Constituição, mas que são constantemente negligenciados sob o pálio de constituírem meras normas programáticas despidas de eficácia, que não vinculariam o Poder Executivo.

As normas programáticas inseridas no texto constitucional estampariam princípios definidores dos fins do Estado, de conteúdo eminentemente social, sendo a relevância delas de caráter essencialmente político, como forma de exercer pressão política sobre os órgãos competentes (CANOTILHO, 2002, p. 470).

Essa linha de entendimento parece descurar da força normativa da Constituição, tornando letra morta direitos fundamentais consagrados no texto normativo que visam preservar o mínimo existencial. A Constituição adquire força normativa na medida em que lograr êxito em realizar sua pretensão de eficácia, imprimindo ordem e conformação à realidade social e política (HESSE, 1991, pp. 15-16).

Nesse diapasão, entremostrasse necessário traçar um histórico acerca da evolução dos direitos sociais, para posteriormente discorrer sobre sua eficácia, obtemperando que a reserva do possível não pode ser justificativa apta a ensejar a inobservância de preceitos constitucionais que visam assegurar à segurança da sociedade.

#### **3.1 A origem e a evolução dos direitos sociais**

Primeiramente, urge destacar que o surgimento do Estado de Direito está atrelado à ideia de um ordenamento jurídico talhado com base na vontade soberana do povo, capitaneado por uma ideologia liberalista, que apregoava uma menor intervenção estatal para possibilitar um prestígio maior às liberdades individuais, com a elevação de direitos fundamentais intangíveis e inegociáveis perante o Esta-

do. Direitos negativos são alavancados para coibir as investidas do Estado, devendo este se abster de interferências abusivas na esfera privada, são os chamados “direitos de defesa”. O Estado Liberal de Direito proclama o respeito à lei como valor supremo a ser cumprido. Bonavides (2004, p. 32).

Ora, a perspectiva liberal do ordenamento jurídico no século XIX fora concebida sob o viés de uma contraposição entre Estado e Sociedade, com a conseqüente preocupação na valorização de direitos fundamentais individuais moldados com o objetivo precípua de proteger o cidadão dos abusos estatais. Porém, o modelo de Estado liberal-absenteísta é reformulado no século XX, com o surgimento de novas formas de Constituição, reconhecendo a função social do Estado, a partir do modelo de *Welfare State* (STRECK, 2017, on-line).

Com efeito, as vigas mestras do liberalismo que sustentavam o Estado de Direito são relativizadas no início do século XX, após a Revolução Industrial e outros fatos históricos relevantes, na medida em que ganha relevo a exigência de prestações positivas do Estado para atenuar as desigualdades e garantir direitos sociais (COMPARATO, 1999, p. 147). O Estado Liberal de Direito de matiz individualista, avesso a pujante carência de condições materiais dignas caras ao ser humano, já não atende as novas exigências da sociedade, notadamente de realização de uma justiça social e de integração política de todas as classes sociais (MIRANDA, 2016, p. 71).

Esse Estado Liberal, com a estigmatização da intervenção estatal mínima nas liberdades do indivíduo, considerado como centro do universo antropocentrísta, sofre uma releitura. Vários movimentos sociais eclodem, conjuntura na qual surgem inúmeras constituições impregnadas de dispositivos que não só exigem do Estado uma proteção das liberdades individuais, numa atuação negativa, como também exigem do Estado uma atuação proativa com o escopo de resguardar direitos sociais, considerados estes revestidos da natureza de direitos fundamentais (CASTRO, 2012, p. 241).

Uma corrente constitucionalista de cunho social se manifesta de maneira mais explícita e velada com a promulgação da Constituição do México em 1917 e da Constituição de *Weimar* em 1919 na Alemanha (NUNES JÚNIOR, 2009, pp. 52-53), documentos estes que serviriam de base ideológica para a formatação de inúmeras outras constituições cunhadas com o enfoque de transformação da realidade social.

Os direitos sociais ganham ainda mais relevo após a 2ª Grande Guerra Mundial, notadamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a nova concepção de dignidade da pessoa humana idealizada com o objetivo de assegurar as condições mínimas para o desenvolvimento das capacidades e liberdades do indivíduo (NUNES, 1988, p.54).

Nessa toada, o advento de Constituições recheadas de amplos catálogos de direitos fundamentais de cunho social tem reflexos diretos nos desenhos da sociedade moderna, com a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, considerada enquanto um cabedal de bens básicos para que o ser humano possa desenvolver livremente sua personalidade, de modo a possibilitar uma máxima igualdade (Sampaio, 2014, p. 318).

A concepção de Estado de Direito evoluiu da base ideológica liberal original, passando pelo Estado Social, chegando à atual conjuntura do Estado Democrático de Direito fundado na busca de mecanismos capazes de efetivar a justiça material com a participação do povo no controle da concretização dos direitos fundamentais que assegurem uma existência digna (SILVA, 2001, p. 122).

Assim, os direitos fundamentais sociais devem ser analisados sob o enfoque da preservação de condições mínimas de subsistência que o indivíduo deve possuir para poder desenvolver suas capacidades, sedimentado referido pensamento no princípio da dignidade da pessoa humana como mínimo existencial indisponível, a ser garantido pelo Estado através de políticas públicas (OTERO, 2016, p. 545).

### 3.2 A eficácia dos direitos sociais

Os direitos fundamentais sociais se revestem de um cunho prescricional, demandando uma atuação positiva do Estado, no sentido de implementar políticas públicas que possibilitem o seu real exercício concreto. Porém, a efetivação destes direitos na maioria das vezes depende de recursos financeiros, o que dificulta sobremaneira a sua viabilização.

Para uma corrente doutrinária, os direitos sociais não são autoexecutáveis, tratando-se de orientações dirigidas ao Estado, que encontrariam um entrave quase inultrapassável pela escassez de recursos financeiros, na famigerada “reserva do possível”. Ademais, sustentam que a escolha na alocação de recursos públicos e investimentos em determinadas áreas revelasse como uma típica decisão política, não sujeita a controle pelo Poder Judiciário (MENDES, 2012, p. 465).

Canotilho aborda a problemática da eficácia dos direitos sociais em três eixos centrais: 1. O problema relativo aos direitos sociais originários, ou seja, se os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais; 2. O problema relativo aos direitos sociais derivados, que se reconduz ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucionais sociais, sob pena de omissão inconstitucional; 3. O problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos, no sentido de obrigarem estes à políticas sociais ativas que resultem na criação de instituições, serviços e fornecimento de prestações. Assevera o ilustre doutrinador português que com relação à última questão é líquido que as normas consagradoras de direitos sociais individualizam e impõem políticas públicas socialmente ativas (CANOTILHO, 2002, p. 406).

De acordo com Luis Pereira Coutinho (2014), os direitos sociais, diferentemente dos direitos de liberdade, seriam meros compro-

missos, despidos de força jurídica. Nessa senda, os direitos sociais gozariam apenas de uma força política, devendo ser atribuída a responsabilidade pela sua implementação aos representantes políticos democraticamente eleitos para exercer tal mister.

Ora, a concepção de que os direitos sociais seriam meras normas programáticas, sendo orientações e projeções a serem perseguidas pelo Estado, despidas de força vinculativa, desprestigia o caráter imperativo das disposições constitucionais sobre tal matéria, característica que é inerente à própria natureza da norma, conclusão não compatível com o Estado de Direito moderno.

O reconhecimento de que os direitos sociais representam na verdade um direito subjetivo do cidadão em face do Estado é realçado pela necessidade de conferir efetividade às normas constitucionais. Assim, a observância dos direitos sociais de envergadura constitucional é uma imposição que vincula o Poder Público á uma realização otimizada de seu conteúdo.

De acordo com Carlos Bernal Pulido, o objeto das posições jusfundamentais de defesa é uma abstenção estatal, porquanto o sujeito ativo (particular) pode exigir uma omissão do Estado que se situa no lugar do sujeito passivo. Já, o objeto das posições jusfundamentais de prestação é uma conduta positiva do Estado, onde o sujeito ativo tem um direito fundamental a que o Estado realize determinado comportamento (PULIDO, 2005, p. 83).

Os direitos fundamentais sociais estampados na Constituição foram concebidos para garantir um mínimo de existência digna, vinculando todos os poderes constituídos, sendo considerados autênticos deveres de proteção, podendo ser exigidos do Estado. Em que pese o Poder Executivo e o Poder Legislativo serem os responsáveis pela determinação dos meios orçamentários e financeiros necessários para a implementação dos direitos sociais, as disposições constitucionais relativas às políticas públicas essenciais aos interesses da coletividade restringem sensivelmente as suas respectivas margens

de liberdade, ao passo em que as opções políticas devem ser realizadas de acordo com os ditames impostos pela Constituição, sob pena de inconstitucionalidade por omissão<sup>12</sup>.

Ora, as diversas liberdades garantidas pela Constituição ao indivíduo não possuem valor quando dissociadas da efetivação dos pressupostos fáticos necessários para o seu exercício, devendo ser assegurado o direito subjetivo a um mínimo existencial (ALEXY, 2015, p. 437).

De fato, os recursos financeiros a disposição do Estado são limitados, afetando diretamente a efetivação dos direitos sociais, porém a reserva do possível não pode ser utilizada como escudo protetor a albergar e justificar a inércia do Poder Público em cumprir com as imposições constitucionais, principalmente aquelas destinadas a garantir o mínimo existencial.

Essa frequente alegativa do Poder Executivo de falta de verbas para investir no sistema penitenciário contrasta com a abundante presença de recursos financeiros existente no Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, que não são devidamente utilizados em virtude de uma inércia dos gestores públicos em apresentar os projetos necessários a liberação dos recursos.

Importa acentuar que a principal fonte de recursos financeiros para a construção /ampliação de estabelecimentos penais, promoção das atividades de aprimoramento dos presídios brasileiros é oriunda do FUNPEN, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN/MJ. Em que pese o FUNPEN ser um fundo gerenciado pela União, é de bom alvitre registrar que as Unidades da Federação podem utilizar seus recursos através da celebração de convênios<sup>13</sup>.

Ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 592.581, que discute a possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, o ministro Ricardo

---

12 QUEIROZ, Cristina M.M. Direitos Fundamentais. Teoria Geral. 2ª edição. Coimbra, pp. 188-193.

13 Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/funpen-origem>>. Acesso em 25.03.2017.

Lewandowski relatou em seu voto a gravidade no que tange á deficiência do Estado em investir no sistema carcerário, mesmo com a latente disponibilidade financeira, senão vejamos:

Causa perplexidade que o referido Fundo tenha arrecadado, até junho de 2015, a considerável importância de R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos). E mais, saber que basta aos entes federados, para acessar essas verbas, que celebrem convênios com a União para executar projetos por eles mesmos elaborados e submetidos ao DEPEN.

O que, porém, causa verdadeira espécie é que o emprego dessas verbas orçamentárias mostrou-se decepcionante: até 2013, foram utilizados pouco mais de R\$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais). De um lado, em virtude do contingenciamento de verbas do Fundo, e, de outro, em face da inconsistência, mora ou falha na execução dos projetos concebidos pelos entes federados.<sup>14</sup>

Assim, resta clarividente que a ausência de recursos financeiros não pode justificar a sistemática e contumaz violação de direitos fundamentais sociais que resultou na crise do sistema penitenciário, revelando uma omissão inconstitucional do Poder Executivo em cumprir com os ditames impostos pela Constituição em uma matéria de vital importância para toda a sociedade relativa à segurança pública.

## **4 CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO ESTATAL**

### **4.1 Uma discricionariedade regrada no contexto do neoconstitucionalismo**

O controle judicial das omissões do Estado no que pertine a ausência ou deficiência de políticas públicas encerra em si um problema

---

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em 24.03.2107.



de intenso debate na doutrina e jurisprudência brasileiras, uma vez que tais medidas encontram-se no âmbito da discricionariedade da atuação administrativa.

Para José dos Santos Carvalho Filho, o juízo de conveniência e oportunidade na implementação de políticas públicas é delimitado por um campo reservado à liberdade de atuação por parte do administrador público, sendo vedada a intervenção judicial, sob pena de indesejada violação ao princípio da separação de poderes. Pontua ainda a existência de um ativismo judicial que atua indevidamente em matérias de competência do Poder Executivo, justificando tal medida através da pretensa roupagem de um “constitucionalismo da efetividade” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 115).

Ora, em que pese a existência de uma margem de liberdade conferida ao Poder Executivo na tomada de decisões políticas, o poder discricionário deve ser utilizado nos limites delimitados pela lei e em conformidade com o interesse público (DI PIETRO, 2015, p. 241).

O Estado de Direito impede o exercício do poder discricionário divorciado dos imperativos legais, haja vista que a discricionariedade deve ser regrada, cabendo ao Poder Judiciário o controle dos limites impostos à atuação administrativa pela Constituição e pelas leis, ainda mais quando se tratar de limites decorrentes de direitos fundamentais, como a segurança pública.

Assim, a pretensa impossibilidade de intervenção judicial no âmbito das políticas públicas deve ser vista com reservas, porquanto não encontra guarida no novo constitucionalismo (neoconstitucionalismo), uma vez que a discricionariedade do Poder Executivo deve ser pautada pelas balizas insertas na Constituição, sendo limitada pelos direitos fundamentais.

Impende gizar que o neoconstitucionalismo, concebido como um movimento ideológico e jurídico que surgiu no contexto do pós-positivismo, traduz uma nova roupagem na aplicação do direito, sobretudo pela mudança de paradigma na interpretação do direito,

realçando ser a Constituição o filtro para a intelecção do real conteúdo das normas jurídicas na constante busca da concretização de direitos fundamentais (SAMPAIO, 2014, p. 331). A ordem jurídica já não pode ser concebida de maneira estática, mas sim sob um aspecto dinâmico, eminentemente transformador da realidade social.

Com efeito, o neoconstitucionalismo tem como uma de suas características mais marcantes a concretização das prestações materiais prometidas à sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático e Social de Direito. Nessa toada, o Poder Judiciário assume um papel de extrema relevância na busca de mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais, de maneira a zelar pelo cumprimento das normas constitucionais. Dessa feita, destaca-se a aplicação direta do postulado da dignidade da pessoa humana, enquanto valor constitucional essencial para a concretização dos direitos fundamentais à vida, à integridade físico-psíquica, à saúde, educação e segurança, revelando a necessidade do Poder Público assegurar o respeito a um rol de direitos mínimos que devem ser garantidos para todas as pessoas, incluindo os presos, em todas as situações (AGRA, 2008, p. 31).

Destarte, infere-se que a convivência harmônica dos valores da liberdade e igualdade, com a garantia do respeito aos direitos fundamentais sociais, notadamente a segurança pública, são fundamentos do neoconstitucionalismo, que visa estabelecer mecanismos institucionais democráticos que concretizem a dignidade da pessoa humana, enquanto preceito basilar do Estado Democrático e Social de Direito (SARLET, 2015, p.63).

O direito à segurança pública vem estampado em vários dispositivos da Constituição Federal, decorrente do Estado Democrático de Direito e dos objetivos fundamentais da República, sendo considerado dever do Estado. Mister destacar a importância de que se reveste o efetivo respeito ao direito à segurança, com o objetivo de preservar a ordem pública, a incolumidade das pessoas e o patrimônio,

revelando-se assim como meio essencial de garantir da inviolabilidade dos direitos fundamentais do cidadão, resguardando valores imprescindíveis para uma convivência social tranquila e pacífica (SANTIN, 2004, p. 45).

A prestação administrativa de encarceramento possui os contornos de um poder-dever, na medida em que a pacificação social e a segurança pública são valores tutelados pela ordem constitucional, não cabendo ao Estado, sob o manto do exercício de um irretocável poder discricionário, a escolha entre realizar ou não realizar a política pública impositiva de manter sob sua custódia, de maneira eficiente, com segurança para a população e garantia da dignidade da pessoa humana, aqueles que estejam submetidos ao sistema de justiça criminal.

Portanto, a construção e manutenção de presídios/cadeias públicas integra as atividades referentes à segurança pública, sendo uma obrigação do Estado promover políticas públicas eficazes, visando não só resguardar a dignidade dos presos, mas também a própria segurança da sociedade.

#### **4.2 O princípio da proibição de proteção deficiente e a omissão do estado**

Numa perspectiva liberal, os direitos fundamentais foram idealizados para proteger o cidadão contra os ataques do Estado, porém esse pensamento cunhado sob um viés de uma atuação negativa cedeu espaço para o reconhecimento da necessidade de uma atuação positiva do Estado, notadamente na efetivação de direitos fundamentais sociais.

Os direitos de proteção em sentido amplo externam uma pretensão *prima facie* de que se desenvolvam diversos deveres de atuação por parte dos poderes públicos, destinados a garantir o desfrute efetivo das liberdades, provendo os meios para a satisfação das necessi-

dades básicas e dispondo sobre os mecanismos indispensáveis para que o Estado possa tutelar adequadamente os direitos fundamentais (PULIDO, 2005, p. 802).

É exatamente do dever de proteção que se extrai o princípio da proibição de proteção insuficiente, possibilitando o controle judicial de eventual inconstitucionalidade na omissão estatal em promover determinado direito fundamental, ou mesmo em decorrência da insuficiente medida de proteção adotada.

Nessa senda, o princípio da proibição de proteção deficiente tem origem na Alemanha, representando um desdobramento do princípio da proporcionalidade, revelando ser o reverso, a outra face, da proibição de excesso (SARLET, 2017, on-line).

A adoção pelo constituinte de um complexo sistema de deveres de proteção atribuídos ao Estado, como seu fiel garantidor, conduz a proibições de insuficiência da ação estatal.

Assim, conforme as precisas lições de Canaris, deve-se considerar os direitos fundamentais como imperativos de tutela, o que justifica sua aplicação diferenciada, dizendo respeito ao déficit no cumprimento do dever de proteção do Estado atinente aos direitos fundamentais, uma vez que o Poder Público tem a obrigação de adotar medidas suficientes de natureza normativa e material, visando uma proteção adequada e eficiente dos direitos fundamentais (CANARIS, 2003, p.12).

Mister acentuar que a finalidade primordial do Estado Democrático e Social de Direito é a tutela de direitos fundamentais, que não é restrita a não intervenção estatal decorrente do princípio da proibição de excesso, mas inclui também o dever de promover e de proteger direitos decorrente do princípio da proibição de proteção insuficiente, tendo esta aplicação especial no âmbito dos direitos sociais (MENDES, 2012, p.477).

A liberdade de conformação legislativa e da atuação administrativa fica sobremodo restringida, porque vinculada materialmente

ao texto constitucional, desaguando na sensível diminuição da discricionariedade. O Estado tem a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais. A proibição de proteção deficiente pode ser utilizada como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode-se determinar se um ato ou omissão estatal viola um direito fundamental de proteção (STRECK, 2017, on-line).

O direito à segurança deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas de prevenção e repressão a práticas delitivas, devendo o Poder Judiciário avaliar as omissões estatais atinentes a tal matéria, sob o risco de promovê-las. Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser plenamente possível a intervenção judicial em matérias tradicionalmente inseridas no âmbito da discricionariedade estatal quando se revelar hipótese de proteção insuficiente, senão vejamos:

“(…)Parece lógico, portanto, que a efetividade do direito ao ensino, especialmente para crianças e adolescentes, não prescinde da ação estatal positiva no sentido da criação de certas condições fáticas, sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado, e de sistemas de órgãos e procedimentos voltados a essa finalidade. De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. (...)” (STA 318/RS, on-line).

Diante do já retrocitado caos do sistema penitenciário brasileiro, com a clara não efetivação de inúmeros direitos fundamentais sociais, resta cristalinamente demonstrado que o Estado se omite diante de um dever de proteção cuja suficiência e efetividade não são alcançadas, sendo salutar um controle judicial eficaz para que a conformação da proteção encartada no arcabouço jurídico-normativo corresponda às exigências mínimas necessárias ao bem-estar da sociedade.

## 5 CONCLUSÃO

As condições precárias dos estabelecimentos prisionais brasileiros importam em graves e sistemáticas violações a direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição Federal, destacadamente a integridade dos presos e a segurança da própria sociedade.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais que asseguram um mínimo existencial não pode ser deixada ao alvedrio da boa vontade política dos gestores públicos, albergados pelo manto de uma discricionariedade quase absoluta na implementação de políticas públicas e de um pretense respeito ao princípio da separação de poderes.

A concepção iluminista de lei, idealizada apenas como limitação ao arbítrio dos soberanos, foi superada na medida em que é exigida do Estado a elaboração de diretrizes de conformação para que sejam realizados os fins insculpidos na principiologia fundamental de concretização de direitos fundamentais. Nessa senda, nos revela a nova dogmática constitucionalista moderna que as leis devem ter como parâmetro o filtro normativo da Constituição, de modo a atingir os seus objetivos, encetando valores que devem ser resguardados no plano fático-social através de uma atuação positiva, não apenas como garantias e limites impostos aos poderes constituídos, como no Estado Liberal.

Em virtude dessa vinculação dos poderes aos direitos fundamentais, surge não só uma obrigação negativa do Estado de abster-se de ingerências no âmbito daqueles direitos que protegem, mas também uma obrigação positiva de envidar todos os esforços necessários à realização dos direitos fundamentais, principalmente àqueles que visam garantir as condições materiais básicas à população imprescindíveis ao respeito da dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático e Social de Direito pressupõe uma atuação do poder público para além da não violação de direitos fundamentais, destinada a sua proteção e promoção, cabendo ao Poder Judiciário assegurar o respeito e a efetividade destes direitos.

Para o Estado cumprir com o seu dever de proteção relativo à dignidade dos presos e a segurança da sociedade, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que conduzam a uma proteção adequada e efetiva, sob pena de violação ao princípio da proibição de proteção deficiente.

Conforme já exaustivamente demonstrado no presente trabalho, as medidas encetadas pelo Poder Executivo na implementação de políticas públicas carcerárias não são suficientes para uma proteção adequada e eficiente, sendo necessária a intervenção judicial para corrigir eventuais omissões estatais inconstitucionais.

No Estado Democrático e Social de Direito, a discricionariedade administrativa é regrada, ainda mais quando se trata da implementação dos direitos fundamentais sociais que visam preservar o “mínimo existencial”. Portanto, a omissão do Poder Público em garantir os direitos fundamentais dos presos e o direito à segurança da sociedade viola frontalmente a Constituição Federal, devendo ser objeto de controle judicial.

## **POSSIBILITY OF JUDICIAL INTERVENTION IN THE CRISIS OF THE PENITENTIARY SYSTEM**

### **ABSTRACT**

*The current chaotic scenario of the Brazilian prison system has brought extremely damaging consequences to society. The failure of the State to implement efficient public policies for the reform and construction of prisons is a determining factor for the violation of numerous fundamental social rights inscribed in the Constitution. The supposed scarcity of financial resources, a manifestation of the notorious “reserve of the possible,” can not be used as a protective shield to house the persistent debauchery of public managers. Neo-constitutionalism shows that discretion in the exercise of power is not absolute, since it is limited by the Constitution,*

*notably by fundamental rights. The Democratic and Social State of Law demands a positive action from the Public Power to effect social rights, ensuring the basic conditions of survival to safeguard the dignity of the human person. The State must protect and promote fundamental social rights, failing which it will be subject to judicial intervention with the aim of ensuring adequate and efficient protection.*

**Keywords:** *Prison system. Discretion. Fundamental social rights. Constitution. Democratic and Social State of Law.*

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, 5ª Edição, Malheiros, São Paulo, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**, Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Editora Almedina, Coimbra, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª Edição, Editora Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 30ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2016.

CASTRO, Raquel Alexandra Brízida, **As Omissões Normativas Inconstitucionais no Direito Constitucional Português**, Almedina, Coimbra, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.



COUTINHO, Luís Pereira. **Os Direitos Sociais como Compromissos**, Número 3, 2014, ISSN 2183-184X, E-Publica Revista Eletrônica de Direito Público.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 28ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2015.

HESSE, Konrad, **A Força Normativa da Constituição**, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional Volume 1**, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**, Editora Verbatim, São Paulo, 2009.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais Volume I**, 2ª Reimpressão da Edição de Setembro de 2007, Editora Almedina, 2016.

PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales**, Prólogo de José Luis Cascajo Castro, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos Fundamentais. Teoria Geral**, 2ª edição, Coimbra: 2010.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais**, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2014.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**,

12ª Edição, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>>, acesso em 05 de abr. de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do Princ. Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberalindividualista-clássico**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/criminal/doutrina/id385.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

## SÍTIOS ELETRÔNICOS

Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>>. Acesso em 25 mar. 2017.

Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2017.

Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro\\_sistema\\_prisional\\_web\\_7\\_12\\_2016.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf)>. Acesso em 19 mar. 2017.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 21 de mar. 2017.

Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/01/05/projetos-alteram-lei-de-execucao-penal-para-solucionar-problemas-dos-presidios>>. Acesso em 23 mar. 2017.

Disponível em <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em 22 mar. 2017.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>>. Acesso em 22 mar. 2017.

Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/funpen-origem>>. Acesso em 25 mar. 2017.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anelxo/592581.pdf>>. Acesso em 24 de mar. 2107.

Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19136105/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-318-rs-stf#!>, Acesso em 06 de abr. 2017.

<http://www2.planalto.gov.br/>

# O efetivo exercício do trabalho no serviço público pelas pessoas com deficiência por meio do mandado de injunção<sup>1</sup>

*Carlos César Sousa Cintra<sup>2</sup>*

*Milena Sousa de Oliveira<sup>3</sup>*

## RESUMO

O direito das pessoas com deficiência experimentou durante os séculos uma evolução que ganhou notória força na década de 80, quando esse grupo logrou consignar suas reivindicações na agenda internacional, obtendo a aprovação de tratados e convenções em seu favor. Dentre eles, destaca-se a Convenção de Nova Iorque, que foi recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio na condição de emenda constitucional. Sob suas luzes, foi promulgada a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015), com o escopo de assegurar os direitos das pessoas com deficiência, dentre eles, o direito ao trabalho. Trabalhar é exercício produtivo da cidadania, porém, a despeito das conquistas em relação a esse direito, ainda há muito a ser feito para que ele seja, de fato, implementado. Especificamente ao trabalho no âmbito público, a Constituição Federal promove a primeira ação afirmativa, no sentido de reservar vagas para pessoas com deficiência

1 Data de recebimento: 18/05/2017. Data de aceite: 02/06/2017.

2 Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará. Professor da Graduação e Pós-graduação da Unichristus. Professor Conferencista do IBET – Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Advogado. E-mail: cccintra@gmail.com

3 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará, em 2004. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Assessora Jurídica do Procurador Geral de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: milenasousaoliveira@gmail.com

em concursos públicos. Entretanto, uma vez admitidas nos cargos ou empregos públicos, as pessoas com deficiência, muitas vezes, enfrentam dificuldades para exercer as atribuições do cargo, dada a ausência de adaptações adequadas nas respectivas instituições. Não somente a ausência de equipamentos adequados, mas a falta da regulamentação necessária para guiar a ação do administrador público pode vir a se tornar obstáculo à concretização desse direito. Nesse momento, o mandado de injunção aparece, na condição de garantia constitucional, a fim de provocar o Poder Judiciário a fornecer a norma do caso concreto, a solucionar o impasse que impede as pessoas com deficiência de exercer aquilo que constitucionalmente lhes é de direito: trabalhar.

**Palavras-chave:** *Direito. Trabalho. Deficiência. Público. Injunção.*

## 1 INTRODUÇÃO

O direito das pessoas com deficiência experimentou, em sua evolução, diferentes estágios. Nos primórdios, predominava uma completa intolerância, quando a deficiência era concebida como impureza ou castigo. Na fase seguinte, identificada com o modelo médico, a deficiência passou a ser encarada como algo a ser curado, para que, lograssem figurar nos tratados e convenções internacionais. Mas recentemente, alçando o *status* de figura disciplinada pelo direito positivo<sup>4</sup>, a deficiência chega a ocupar posição de destaque no nosso sistema normativo.

Por sua vez, os direitos das pessoas com deficiência acompanham os mesmos influxos dos direitos universais da pessoa humana. Por meio de sua análise, percebe-se nitidamente a ênfase dada à tolerância, ao respeito pelas diferenças e à inclusão social.

---

<sup>4</sup> Cf. art. 1º, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Art. 2º, da Lei nº 13.135/2015; Lei Complementar nº 142/2013.

Tais valores, porém, não comportam mais qualquer interpretação inclinada ao assistencialismo, mas incentivam uma postura ativa, promocional e inclusiva<sup>5</sup>.

Pois bem, um dos principais vetores de inclusão social das pessoas com deficiência é o direito ao trabalho. Com efeito, trabalhar é o exercício produtivo da cidadania, integrando o homem ao meio social ao qual pertence, agregando-lhe valor para além do econômico. Trata-se, ao mesmo tempo, de fundamento da República Federativa do Brasil e de direito social<sup>6</sup>. Muito mais do que um dever, consiste em direito inerente à dignidade humana, ao qual somente se admite restrições em circunstâncias excepcionalíssimas. Nascer com deficiência ou adquiri-la no decorrer da vida não deve ser fator discriminante que autorize a restrição do direito ao trabalho.

Nesse sentido, a Constituição Federal, arrimada nos princípios da solidariedade e igualdade material, promove a primeira medida afirmativa no sentido de determinar a reserva de vagas (art. 37, inciso VIII), a qual se encontra associado diretamente ao direito de acesso aos cargos públicos e à investidura via concurso público, consignados nos incisos I e II, do mesmo artigo. No entanto, acesso ao cargo público significa, para além do mero ingresso (viabilizado mediante a reserva de vaga), o exercício efetivo das funções inerentes ao cargo.

Muito embora a previsão da reserva legal de vagas represente uma vitória das pessoas com deficiência contra a abissal desvantagem em que concorriam nos concursos públicos, ela não serve para lhes assegurar o próximo passo dentro do serviço público. Hoje, a pessoa

---

5 A esse respeito, a Declaração de Princípios sobre a Tolerância, aprovada pela Conferência Geral da Unesco (1995), consignou que "(...) a tolerância é, antes de tudo, uma atitude ativa, fundada no conhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro" E ainda, a tolerância "(...) não é uma concessão, condescendência, indulgência (...) nem (significa) renunciar às próprias convicções, nem fazer concessões a respeito (...)" (UNESCO, 1995, art. 1º).

6 CF/88, art. 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa";

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

com deficiência ingressa na instituição pública de maneira isonômica em relação aos demais. Há lei lhes assegurando esse direito. Todavia, o ordenamento brasileiro carece do instrumental normativo que busque tutelar, de fato, o exercício pleno das atribuições legais por parte das pessoas com deficiência investidas em cargo público.

Durante anos, as pessoas com deficiência empreenderam verdadeira jornada rumos aos tribunais a fim de garantir, via Poder Judiciário, direito que lhes fora assegurado constitucionalmente, por meio do preceptivo constitucional supracitado, associado ao direito de acesso aos cargos públicos e à investidura via concurso público. Superada essa primeira barreira<sup>7</sup>, cumpre caminhar rumo à concretização do direito ao efetivo exercício das funções inerentes ao cargo então ocupado.

Assim, cabe investigar, portanto, se a legislação nacional, pertinente aos órgãos e carreiras públicas, dispõe de mecanismos para amparar o direito do servidor com deficiência no que concerne ao efetivo exercício do cargo que ocupa, e como as instituições públicas tem resolvido a questão após receber essas pessoas em seus quadros.

Não obstante esteja longe de representar o que realmente se esperava da legislação regulamentadora das carreiras públicas, no sentido de prever condições diferenciadas de trabalho ao servidor com deficiência física, a Lei nº 8.112/90, alterada pela Lei nº 9.527/97, passou a estabelecer, no art. 98, §2º, a concessão de horário especial ao servidor “portador de deficiência”, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário, benefício extensivo ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência.

Em uma análise perfunctória do problema, a solução mais fácil parece ser adaptar as atribuições do cargo às limitações da pessoa. É nesse sentido que a Lei nº 8.112/90 prevê o instituto da readaptação,

---

<sup>7</sup> A entrada no serviço público, via percentual de vagas assegurado por lei, ainda encontra obstáculos em algumas unidades federativas, mormente nos municípios, diante da ausência de lei definidora do percentual correspondente.

em seu artigo 24, segundo o qual o servidor que sofrer limitações em sua capacidade física ou mental será investido em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis, verificada em inspeção médica. A mencionada lei ainda determina que se julgado incapaz para o serviço público, o readaptando será aposentado.

De seu turno, a maioria da doutrina administrativista brasileira<sup>8</sup>, ao comentar o instituto de que ora se cuida, apenas o inclui como uma das formas de provimento derivado horizontal de cargo ou emprego público, sem, no entanto, debruçar-se sobre o aspecto constitucional da matéria, principalmente sob as luzes dadas pela Convenção de Nova Iorque e pela Lei nº 13.146/2015.

De fato, a readaptação não deve ser manejada como burla à regra do concurso público – à semelhança de institutos já retirados do ordenamento jurídico brasileiro, tais como a transferência e a ascensão –, mas como uma última tentativa da Administração de aproveitar as capacidades laborativas do servidor que possui maiores restrições físicas ou mentais, impostas por problemas de saúde<sup>9</sup>.

Na maioria das situações, subtrair atribuições inerentes a determinado cargo, por força das limitações vividas pelo seu ocupante, afeta-lhe a dignidade, à medida que representa, em última instância, discriminação baseada na deficiência. Seria esvaziar de sentido o direito de acesso aos cargos públicos, previsto pela Constituição Federal, Convenção de Nova Iorque e agora pela Lei nº 13.146/2015.

Nesse contexto, o servidor com deficiência, ocupante de determinado cargo público, que resta impedido de exercer suas atribuições

---

8 Por exemplo, MELLO, 2010. p. 311.

9 Neste ponto, importante frisar que há uma distinção entre a situação dos servidores com deficiência (seja ela existente antes ou depois do ingresso nos quadros públicos) e a dos servidores que simplesmente encontram-se acometidos de alguma doença que os tenha incapacitado temporariamente. É essa distinção que deve marcar o tratamento destinado ao servidor acometido de doença ou moléstia que o tenha incapacitado (ainda que temporariamente) daquele servidor com deficiência, de modo que a readaptação não se mostra como a solução adequada para solucionar o problema de que ora se cuida. Quando uma pessoa com deficiência visual ou auditiva, por exemplo, ingressa por concurso no serviço público, a Administração deve fornecer o instrumental necessário para que ela exerça as atribuições do cargo que está ocupando e não “readaptá-la” para outra função inferior. O mesmo raciocínio vale quando o servidor, por qualquer motivo, passa para a condição de pessoa com deficiência: a Administração não deve proceder (pelo menos, não de imediato) à sua readaptação.



legais – para além do prejuízo individual – deixa uma lacuna na prestação do serviço público a ser devolvido à sociedade que, como é de comezinha sabença, verte um preço altíssimo para subsidiá-la. Cuida-se, pois, de ofensa ao direito da pessoa com deficiência, de graves repercussões para a Administração Pública em geral.

Assim, tem-se que o instituto da readaptação, na maior parte das situações em que for empregado para solucionar problemas pertinentes às limitações de servidores com deficiência, estará contrariando a Convenção de Nova Iorque, que alçada à categoria de Emenda Constitucional, ensejará o vício da inconstitucionalidade.

O que se espera, portanto, é que a Administração dirija esforços no sentido de fornecer ao servidor com deficiência o aparato necessário ao exercício das funções de seu cargo e não de um mais “simples” ou inferior ao seu. A readaptação serve, portanto, via de regra, para solucionar limitações temporárias, decorrentes de problemas de saúde, precedida de licença médica. É possível que, em casos pontuais, a Administração dela se valha como último recurso, porém, nunca poderá ser utilizado sem antes haver ações inclusivas dirigidas a preservar a igualdade de condições de trabalho entre servidores com e sem deficiência.

Apesar de estar ciente de que essa é a diretriz correta a ser seguida, muitas instituições encontram sérios problemas em implementá-la. E isso ocorre por uma razão muito simples: não há regulamentação que norteie as condutas administrativas necessárias à adequação do cargo e de suas atribuições à condição da pessoa com deficiência. Na ausência de lei específica sobre o tema, a solução deve ser buscada, logo, por via judicial, através de instrumento constitucional específico: o mandado de injunção (MI).

Para demonstrar a compatibilidade do *mandamus* com o problema apresentado, o presente escrito examinará o mandado de injunção como garantia constitucional do direito das pessoas com deficiência, através de um breve histórico do instituto.

Em seguida, serão apresentados os requisitos do mandado de injunção, especialmente no que tange à ausência de norma regulamentadora (gerando omissão inconstitucional) e o trabalho dos deficientes como uma vertente do exercício regular da cidadania.

Por derradeiro, dedicar-se-á atenção aos efeitos do *writ*, com o advento da Lei 13.300/2016, revelando-se ele meio mais adequado à concretização desse direito.

## **2. MANDADO DE INJUNÇÃO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL**

O mandado de injunção é uma inovação da Constituição de 1988, contida no artigo 5.º, inciso LXXI, tendo por fim assegurar direitos e prerrogativas decorrentes da soberania, cidadania e nacionalidade, cujo exercício esteja obstado pela ausência de norma regulamentadora. Posicionado no título dedicado aos “direitos e garantias fundamentais”, possui a natureza de lídima cláusula pétrea (art. 60, §4º, inciso IV, CF/88).

A exata compreensão do MI e das razões pelas quais ele se presta a solucionar o problema neste trabalho apresentado requer sejam tangenciados dois pontos importantes da história deste instituto: (1) era preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre as diversas forças que influenciavam a Assembleia Nacional Constituinte e (2) a elaboração da Carta de 1988 foi um dos marcos decisivos no processo de redemocratização do país, protagonizado pela implementação de garantias aos direitos sociais, conferindo-lhes eficácia plena.

A fim de amenizar as não raras polêmicas que surgiam durante os debates na constituinte, era comum que se previsse genericamente um direito, remetendo à legislação infraconstitucional sua regulamentação. A grande vantagem deste tipo de técnica foi a celeridade que se conferiu à elaboração da Constituição de 1988, cuja promulgação era urgente após duas décadas de massacres às liberdades

individuais. A seqüela da adoção deste mecanismo, porém, foram as inúmeras omissões causadas pela ausência de norma regulamentadora (Pfeiffer, 1999).

Com efeito, as remissões à regulamentação infraconstitucional eram extremamente necessárias à época da elaboração da Carta de 1988. Havia invariavelmente uma lógica de negociação política, com o escopo de contornar maiorias não solidificadas. Por isso, já antevendo as inevitáveis omissões em que o legislador pós-constituente poderia incorrer, a Constituição implementou dois instrumentos que vieram aperfeiçoar o sistema de controle de constitucionalidade já instalado – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção – mecanismos de integração dos direitos fundamentais, a fim de resgatá-los da ineficácia gerada pela inércia legislativa.

Além do *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, era necessário instrumento hábil a combater as ofensas aos direitos fundamentais causadas pela omissão legislativa. Contudo, o único meio de que se dispunha, em época anterior a 5 de outubro de 1988, era apenas a pressão política. Os juristas mais atentos ao assunto lamentavam a apatia processual quando se tratava de omissão regulamentar<sup>10</sup>.

Um dos pontos nodais do processo de redemocratização nacional consistia na mudança radical da compreensão acerca das normas instituidoras de direitos sociais, até então concebidas como meras declarações de intenções, eternamente dependentes de ulterior atuação dos Poderes Constituídos, mediante a edição de atos ou elaboração de norma regulamentadora. Essas preocupações reverberaram nas

---

<sup>10</sup> José Afonso da Silva, antes da promulgação da atual Carta Constitucional asseverava: Ao menos juridicamente, não se pode constringer o legislador a legislar, nem mesmo naqueles casos em que lhe é prefixado prazo. Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional, mas este é insindivável e incontrolável jurídica e jurisdicionalmente; primeiro porque, como adverte Levi, ninguém é legitimado para o exercício de uma pretensão jurídica objetivando o adimplemento de tal prestação por parte dos órgãos legislativos, isto é, ninguém tem o direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, ainda que determinada no texto da constituição; segundo, e consequentemente, porque a omissão se revela como questão política, que escapa à apreciação judicial. (SILVA, 1992, p. 118).

discussões ocorridas no seio da Comissão Afonso Arinos, instituída pelo Decreto nº 91.450 de 18 de julho de 1985, culminando na redação atual do artigo 5º inciso LXXI.

Interessante perceber que, desde o nascedouro, o mandado de injunção encontra-se estreitamente vinculado aos direitos sociais. É o que se afere da redação da Sugestão de Norma Constitucional nº 315-8<sup>11</sup>: “Art.(...) Parágrafo único – O acesso ao ensino básico é um direito público subjetivo, acionável contra o poder público mediante mandado de injunção”.

Essa breve digressão destina-se, pois, a reforçar que, a par das discussões travadas em torno da origem do instituto<sup>12</sup>, ele surgiu a partir da preocupação do constituinte com a efetivação dos direitos decorrentes da soberania, cidadania e nacionalidade, mormente os de conteúdo social, cujo implemento reclama atuação positiva dos Poderes Estatais.

### **3. REQUISITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO**

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXX, traz em seu bojo o conteúdo do mandado de injunção, nos seguintes termos: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

O primeiro requisito que a norma constitucional impõe para a utilização desse instrumento é a ausência de norma regulamentadora.

---

<sup>11</sup> No início dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, o Senador Virgílio Távora apresentou as Sugestões de Norma Constitucional nº 155-4 e nº 156-2, datadas de 27.03.1987, com a seguinte redação: 155-4: Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á ‘mandado de injunção’, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança; 156-2: a não edição de atos ou normas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando a implementar esta Constituição, implica a inconstitucionalidade por omissão; Essa proposta sofreu ainda algumas alterações, ao passar pelas Comissões de Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher e de Sistematização, na fase do Projeto de Constituição, até, finalmente, chegar ao texto atualmente vigente.

<sup>12</sup> Sobre a origem do instituto, ver PFEIFFER, 1999 e BITENCOURT NETO, 2009.

Ocorre que nem toda omissão significa uma inconstitucionalidade a ser combatida pelo mandado de injunção. Nesse sentido, importante refletir sobre certos aspectos da normatividade dos direitos sociais, cuja eficácia acaba por depender desse agir específico do legislador democrático.

Em seguida, o dispositivo assinala que a lacuna legislativa deve causar entrave ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas determinadas, relacionadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

No que atina ao presente estudo, cumpre, pois, investigar onde o direito ao trabalho por parte das pessoas com deficiência se inseriria dentro desse contexto.

### **3.1. Ausência de norma regulamentadora – omissão inconstitucional**

O modelo de Estado de Direito democrático e social, adotado pela Constituição de 1988, é caracterizado pela consagração expressa de amplo rol de direitos fundamentais, dentre os quais direitos sociais a prestações fáticas<sup>13</sup>, cuja concretização enfrenta duas dificuldades principais: a) a necessidade de definição dos meios para possibilitar a concretização dos direitos a prestações genericamente expressos no texto constitucional; b) a submissão da eficácia dos direitos sociais a prestações fáticas a uma reserva econômica e financeira do possível.

Ao lado dos direitos a prestações fáticas, os direitos sociais podem vir expressos sob a forma de princípio, tal como ocorre com o direito à moradia<sup>14</sup>. Em casos tais, dada a fluidez e o conteúdo genérico

---

13 Comentando sobre a caracterização dos direitos sociais a prestações fáticas, Canotilho esclarece que uma significativa parte da doutrina chega a negar sua configuração como verdadeiros direitos. Porém sua correta compreensão exige uma mudança de função dos direitos fundamentais, de modo que o problema de sua efetivação não os reduz a simples apelo ao legislador (CANOTILHO, 2003, p 475).

14 Por outro lado, não se pode desconhecer que, se uma Constituição diz, simplesmente, que a moradia é um direito social, tal expressão genérica não define, de modo completo, as feições do direito fundamental. Haverá, nesse caso, um direito sob a forma de princípio e que, considerado como um direito como um todo, pode gerar múltiplas posições jurídicas, quer sob a forma objetiva, como o dever de

desse direito, faz-se necessário que os requisitos desse direito sejam definidos, a fim de direcionar a atividade estatal à sua concretização.

Tais definições, ou pré-definições, à atividade executiva, cabem, em regra, à função legislativa, cujo detentor primário é, nos regimes democráticos, o Poder Legislativo, muito embora se reconheça a ampliação dessa função ao Poder Executivo<sup>15</sup>.

A par do embate existente entre as doutrinas que propõem que ao Poder Judiciário é dada a competência para conferir eficácia direta aos direitos sociais a prestações fáticas, enredando-se pela prática comumente denominada “ativismo judicial”<sup>16</sup> e as outras que defendem o contrário<sup>17</sup>, o certo que é a exata medida da atuação do Poder Judiciário e da sua interação com as demais funções estatais, depende diretamente do que diz a Constituição positiva.

Ora, em Cartas analíticas quanto aos direitos sociais, como é o caso da Constituição de 1988, os direitos a prestações têm sua configuração dependente da intervenção do legislador democrático, que fará as escolhas políticas e as eleições das prioridades, em função dos recursos econômicos e financeiros, mas tal liberdade de conformação não significa insindicabilidade jurisdicional, na medida prevista pelo próprio texto constitucional.

Com efeito, a fundamentalidade dos direitos sociais gera uma série de consequências<sup>18</sup>, dentre elas a capacidade de gerar direitos suje-

---

legislar, que sob a forma subjetiva, como direitos de defesa e proteção ou direitos a prestações fáticas (BITENCOURT NETO, 2009, p. 35).

15 A transformação do Estado em prestador de bens e serviços trouxe à tona discussão sobre a atribuição de competência legislativa ao governo, tendo como fundamento sua alegada maior capacidade de dar resposta tempestiva tecnicamente adequada às múltiplas necessidades sociais dependentes de prestações estatais, ideia reforçada pela legitimidade democrática direta ou indireta do governo, seja em regimes presidencialistas ou semi-presidencialistas, seja em regimes parlamentares (BITENCOURT NETO, 2009).

16 BARROSO, 2003, p. 154-156.

17 ALEXY, 2002, p. 448.

18 Pode-se dizer em suma que os direitos sociais a prestações fáticas, pelo simples fato de constarem do texto constitucional, tem já as seguintes formas de eficácia, decorrente de sua normatividade fundamental: a) eficácia negativa, proibindo ações que lhes contrariem ou ofendam a igualdade material; b) eficácia interpretativa, guiando a interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais; c) eficácia vinculativa, pautando a atividade do legislador democrático, seja quanto à obrigação de dar-lhes eficácia concreta, seja vinculando as opções legislativas a determinados parâmetros de concretização dos direitos fixados já em algumas Constituições; d) são fundamentos da possibilidade de restrição dos direitos, liberdades e garantias e da justificação da respectiva medida; e) são causa para declaração de

tivos a prestações. Esta, porém, por força da abertura constitucional quanto aos meios de sua efetivação e tendo em conta a reserva do possível, depende da intervenção do legislador democrático. Ocorre, contudo, que a tarefa de legislar, em função do pluralismo político e do princípio democrático, é eminentemente política. Diante disso, inevitável o aparente paradoxo: o legislador, num contexto de Estado de Direito, democrático e social, tem o dever ou a faculdade de legislar?

Essa questão é de essencial importância para a presente discussão, uma vez que o instrumento processual de que se cuida – o mandado de injunção – pressupõe a omissão inconstitucional como requisito para sua utilização.

De fato, a decisão de legislar é política. O legislador detém essa liberdade de conformação quando a Constituição já fez determinadas escolhas, já estabeleceu critérios ou já determinou as formas pelas quais o direito deve ser fruído. Dentro desses limites, o legislador exerce sua faculdade de legislar.

Entretanto, quando o exercício de determinado direito fundamental depende da existência de lei – seja pela necessidade de se fazerem escolhas primárias quanto aos meios de realização, seja por força da escassez de recursos financeiros – a decisão de legislar deixa de ser exclusivamente política.

Quando a ausência da norma regulamentadora ou sua incompletude gerar uma norma contrária à Constituição, haverá omissão legislativa inconstitucional<sup>19</sup>. Admitir que esse caso encerra uma mera faculdade de legislar é negar aos direitos fundamentais dimensão de eficácia que lhes é inerente pelo simples fato de constarem como tais na Constituição Federal e ela assim o estabelecer<sup>20</sup>.

Ademais, tal eficácia não pode ser deixada à livre escolha de maiorias eventuais, uma vez que esta é exatamente uma das funções primordiais da fundamentalidade de um direito: limitar a vontade das maiorias<sup>21</sup>.

---

inconstitucionalidade por omissão (BITENCOURT NETO, 2009, p. 43).

19 DÍAZ REVORIO, p. 82-83.

20 Art. 5º. § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

21 Assim se posiciona BITENCOURT NETO, 2009, citando porém doutrina que entende trata-se de faculdade de legislar: MENENDEZ, Ignacio Villaverde. La inconstitucionalidad por omisión de los

Entretanto, nem toda lacuna legislativa importa necessariamente em uma omissão inconstitucional. Há de se separar o dever geral de legislar do dever específico de legislar (CANOTILHO, 2003, p. 1033-1034). Esse exame tangencia necessariamente o estudo da natureza das normas constitucionais quanto à eficácia, de cuja vastidão de classificações doutrinárias, cumpre destacar apenas – dada a limitação do objeto do presente trabalho – que há normas dotadas do mais alto grau de generalidade e abstração, comumente denominadas normas dirigidas ao legislador, normas-fim, normas-tarefa ou normas programáticas e outras que já encerram todos os requisitos necessários à sua aplicação imediata (BITENCOURT NETO, 2009, p. 48).

O dever de legislar decorrente das primeiras normas (normas-tarefa), que possuem densidade jurídica mais fluida, depende em maior medida da ação política, da decisão do legislador; por outro lado, a Constituição pode impor ao Estado um dever específico de legislar, como, por exemplo, criação de procedimentos para obtenção de determinado benefício social (BITENCOURT NETO, 2009, p. 50).

Encontra-se também inserido no dever específico de legislar o dever de correção de leis vigentes, que se presta a sanar as chamadas “inconstitucionalidades deslizantes (BITENCOURT NETO, 2009, p. 51), bem como os erros de prognose do legislador”<sup>22</sup>.

Além disso, o dever específico de legislar não necessariamente precisa estar explícito na Constituição. Em contrapartida, a previsão constitucional expressa de lei regulamentadora nem sempre aponta para um dever específico de legislar, como é o caso da norma que estabelece, por exemplo, que “a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social” (art. 195 § 4º, CF) (BITENCOURT NETO, 2009, p. 52).

---

sistemas legislativos, p. 122-124 e DIAS, Oscar. Breves observações sobre a influência da constituição portuguesa na constituição brasileira de 1988, p. 84.

22 O erro do legislador quanto a prognoses também pode gerar omissão legislativa inconstitucional superveniente, quando a lei é desproporcional no cumprimento dos objetivos constitucionais, impondo-se sua alteração, ou quando o meio escolhido pelo legislador é insuficiente ou inadequado à concretização de um direito fundamental (SILVA, 2003, p. 62-63).



Por fim, destaque-se que a omissão legislativa inconstitucional pode ser parcial, caso em que o legislador exclui, expressa ou implicitamente determinados grupos ou situações da regulação legal, sem que haja fundamento constitucional para tanto (BITENCOURT NETO, 2009, p. 53).

Postas essas premissas, observa-se que o mandado de injunção se apresenta como instrumento adequado à garantia do direito das pessoas com deficiência de exercer as atribuições do cargo público para o qual foram aprovadas em concurso e regularmente nomeadas, considerando que se trata de direito fundamental social, cujo exercício encontra-se obstado pela ausência de norma regulamentadora.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, doravante denominada “Convenção de Nova Iorque”, adotada pela Organização das Nações Unidas, de acordo com a Resolução nº 61/106 da Assembleia Geral foi o primeiro tratado de direitos humanos do século XXI e o que teve as negociações mais céleres já registradas. A Convenção e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, foram ratificados<sup>23</sup> pelo Brasil em 2008.<sup>24</sup>

Assim, com envergadura de direitos fundamentais, a Convenção de Nova Iorque assegura às pessoas com deficiência, dentre outros direitos de ordem social, o direito à vida independente e inclusão na comunidade (art. 19), direito à educação (art. 24), habilitação e reabilitação (art. 26) e ao trabalho (art. 27).

Sobre o direito ao trabalho, os Estados signatários da Convenção

---

23 Entrou em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008 e, internamente na condição de emenda constitucional, a partir do Decreto nº 6.949, publicado em 26 de agosto de 2009.

24 Importante destacar, nesse ponto, que a Constituição Federal de 1988, desde o texto original, já previa (art. 5º, § 2º) que os direitos e garantias nela expressos não excluíam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse parte. Avanço de inigualável valia para superar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento brasileiro adveio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º supramencionado. A partir de então, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que fossem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam equivalentes às emendas constitucionais, o que significa aplicação imediata e eficácia plena desses direitos, conforme assegura o §1º do mesmo preceptivo.

de Nova Iorque devem reconhecer o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de condições com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência (artigo 27, da Convenção de Nova Iorque). Os Estados Partes deverão ainda salvaguardar e promover a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros empregar pessoas com deficiência no setor público.

A Convenção de Nova Iorque possui instrumental normativo que se presta a solucionar essas questões: ela determina, em seu artigo 27, alínea “k”, promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.

Ademais, o artigo 27, alínea “i”, assegura às pessoas com deficiência que sejam fornecidas adaptações necessárias e razoáveis para que possam exercer suas atribuições legais. Comando semelhante, porém mais específico e incisivo, consta do artigo 34, §1º, da Lei nº 13.146/2015, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos.

Isso porque a Convenção de Nova Iorque, artigo 27, alínea “i” (válida no Brasil na condição de Emenda Constitucional) assegura às pessoas com deficiência que sejam fornecidas adaptações necessárias e razoáveis para que possam exercer suas atribuições legais e não o contrário. Readaptar, na maioria dos casos, significa designar o servidor para que exerça atribuições inferiores, menos complexas o que, em análise mais detida, pode significar exclusão da pessoa com deficiência, contrariando o movimento internacional, ao qual o país aderiu, de inclusão dessas pessoas em todos os ambientes sociais.

A norma confere à legislação infraconstitucional a importante tarefa de concretizar a missão assumida pelos Estados Partes de salvaguardar e promover a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas. É dizer, a inviabilidade do exercício desse direito, causada pela omissão do legislador em estabelecer tais medidas adequadas, seja ela parcial ou total, caracteriza, sem dúvida, a “ausência de norma regulamentadora”, requisito exigido pela norma do artigo 5º., inciso LXX para a utilização do mandado de injunção.

### **3.2. Direito de exercício das atribuições do cargo público por parte das pessoas com deficiência: uma vertente da cidadania**

O direito de que ora se cuida é, a rigor, um direito de inclusão social. Não se trata de medida assistencialista ou protecionista, que muito mais marginaliza a pessoa com deficiência do que a integra à sociedade. Não se trata de meros “arranjos” administrativos ou soluções paliativas ao problema ora exposto. O que se busca é a verdadeira e definitiva inclusão, por meio da efetivação do direito de trabalhar, que se expressa, nesse caso específico, pelo real exercício das atribuições do cargo público.

Não se pode perder de vista a dimensão do direito perseguido: para além de assegurar a livre escolha do trabalho ou aceitação no mercado laboral, cuida-se de proporcionar ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível, especificamente, empregando pessoas com deficiência no setor público; possibilitando às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado e promovendo reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.

Indiscutível o caráter social do direito ora em questão: direito a

prestações fáticas pelo Estado. O surgimento da figura do Estado promovedor coincide, não por acaso, com a virada teórica que culminou com a concepção moderna de cidadania.

Na perspectiva da teoria política, cidadania significa a vinculação dos indivíduos à comunidade política. Historicamente, identificam-se dois marcos fundamentais: cidadania antiga e cidadania moderna. Por eles balizaram-se as noções fundamentais de cidadania ativa e cidadania passiva.

A etimologia da cidadania já revela sua origem histórica, *polites*, em grego, que os romanos traduziam por *cives*. Em sua primeira concepção, possuíam cidadania apenas os homens que participavam do funcionamento da cidade-Estado, sendo, portanto, titulares de direitos políticos (COMPARATO, 1993).

Não obstante discordassem da forma de participação política, Platão<sup>25</sup> e Aristóteles<sup>26</sup> convergiam no ponto relativo ao dever de integração do cidadão a polis. Essa concepção clássica da cidadania ensejava um paradoxo entre a liberdade do cidadão e a sua submissão ao controle do Estado, a fim de que essa liberdade fosse exercida. Rousseau referia-se a esta liberdade como sendo tão severa quanto o jugo do tirano<sup>27</sup>. Assim, após o desaparecimento da civilização greco-romana, deu-se a expansão territorial do poder político, culminando com a instauração regimes monárquicos por toda a Europa, contra os quais se forjaram novamente as concepções liberais de cidadania.

O indivíduo ressurgia como detentor de direitos por si só, não mais em razão de seu pertencimento à *polis*. Como assinalou Benjamin Constant já em 1819, na famosa conferência pronunciada no Ate-

---

25 Platão sustentava que a elite política, ou seja, os cidadãos que participavam ativamente do processo de decisão política, não deveriam ter vida privada, ao contrário do restante da população. (PLATÃO, 2003, p 143/144 ).

26 Aristóteles contestava a figura de cidadãos excluídos da vida pública, reduzidos à vida privada, defendendo que todos deveriam se dedicar à vida pública, em prol do bem comum, chegando ao extremo de entender que, por tal razão, todos eles deveriam se submeter à práticas comuns religiosas e à regulamentação bastante ampla da esfera privada. Para este filósofo, não se deveria considerar que um cidadão pertenceria a si próprio, mas à cidade (ARISTÓTELES, 2001, 113-115).

27 RUSSEAU, 2013, p. 30-31.

neu Real de Paris, na civilização greco-romana só se consideravam livres os homens que participavam diretamente da gestão da coisa pública, decidindo sobre a paz e a guerra, votando as leis, exilando um cidadão ou julgando da responsabilidade dos magistrados. Mas esses cidadãos, soberanos na esfera política, eram súditos obedientes da coletividade em sua vida privada.

No mundo moderno, ao contrário, a liberdade consiste não em participar da gestão da coisa pública, mas em não ser molestado abusivamente pelo Estado na vida privada. A essa independência individual, que constitui um fato sem precedentes na História, corresponde não propriamente uma servidão política, mas um estado de passividade. (COMPARATO, 1993).

Nesse momento, diferenciam-se os conceitos de cidadania civil e cidadania política, sendo esta última muito mais compreendida como uma “abdicação” em nome dos representantes. No mundo antigo, as eleições eram completamente diferentes das que se realizam contemporaneamente. A representatividade política era uma espécie de legitimação para que o eleito exercesse determinada função pública, não necessariamente em prol dos que o elegeram.

Na Revolução Francesa, deu-se a completa separação entre o mandato civil e o mandato político. Os deputados eleitos pelo povo representam “a nação” e não as pessoas que os elegeram. A Declaração dos Direitos proclamou que “o princípio de toda soberania reside essencialmente na nação; nenhuma entidade, nenhum indivíduo pode exercer algum poder que não emane, expressamente, da nação” (art. 3º). E a Constituição de 1791 complementando o princípio, declarou que “a Nação (já agora com inicial maiúscula), da qual, unicamente, emanam todos os poderes, só pode exercê-los por delegação. A Constituição francesa é representativa (...)” (título III, art. 2º) (COMPARATO, 1993).

Importante notar que, desde o nascedouro, os conceitos de cidadania, soberania e nacionalidade – objetos do mandado de injunção – estavam visceralmente ligados.

Prosseguindo nesta breve digressão histórica, tem-se que a “nação”, enquanto titular da soberania, somente poderia exercê-la por meio da manifestação da “vontade do povo” e este, por sua vez, não era composto em sua totalidade por pessoas juridicamente capazes.

Além disso, nem todos os homens juridicamente capazes eram social ou economicamente capazes de concorrer ao exercício da soberania (COMPARATO, 1993). Extrai-se daí que a divisão entre cidadania ativa e passiva ainda se vinculava em grande medida ao critério censitário.

A sedimentação dos direitos civis caracterizou-se pela afirmação da sociedade perante o poder da monarquia absoluta. Em seguida, na Europa, a nascente economia de mercado começou a exigir que fossem criados direitos que a viabilizassem (BARRETO, 1993). Essa necessidade reverberou nos textos constitucionais, de modo que o Estado Democrático de Direito passasse a ser nitidamente marcado pelo aspecto social, sendo posteriormente por ele abrangido.

A par das críticas feitas à importação da teoria de Thomas H. Marshall às realidades latino-americanas e especificamente ao contexto brasileiro (BELLO, 2007), por meio dela a cidadania é compreendida, modernamente, como resultado do progresso em relação ao modelo liberal. Reconheceu uma sucessão cronológica de reconhecimento de direitos: no século XVIII, dos direitos civis (direito de propriedade, direitos de liberdade de expressão, pensamento, religião e de contratar, direito à intimidade e à privacidade, etc.); no século XIX, dos direitos políticos (direitos de votar e ser votado, de fiscalizar as condutas dos representantes do povo, de formar e integrar partidos políticos, etc.); no século XX, dos direitos sociais (direitos ao trabalho, à seguridade social, à educação, à saúde, à habitação, à associação sindical, etc.).

Desaparece, pois, o critério censitário e o Estado surge como promovedor da igualdade entre os cidadãos, por meio da qual a liberdade real é de fato exercida. Somente cidadãos verdadeiramente livres estarão aptos a participar das escolhas políticas.

Cidadania consiste, portanto, em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social: é a ideia de participação. (COMPARATO, 1993). Compreender a cidadania em sua conceituação mais moderna é essencial para entender que o direito a trabalhar, mais especificamente, o direito ao exercício do cargo por parte das pessoas com deficiência encontra-se por ela abrangido, principalmente considerando que se trata de um vetor de inclusão social.

Com efeito, superado o abismo da desigualdade que separava as pessoas com deficiência do acesso aos cargos e empregos públicos – por meio da reserva constitucional de vagas em concursos públicos – outro abismo surge ainda mais largo: o real exercício das atribuições do cargo. Inviabilizar o exercício desse direito é, em última instância, inviabilizar também a participação e a inclusão social dessas pessoas e, por consequência, atingir-lhes fatalmente em sua cidadania.

#### **4 A DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO E O REFLEXO NO DIREITO AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

Já se demonstrou que o exercício das atribuições dos cargos públicos ocupados pelas pessoas com deficiência pode restar inviabilizado dada a ausência de norma que regulamente a adaptação delas à condição a que seu titular se encontra submetido. Também se explanou que esse direito decorre diretamente do exercício da cidadania, compreendida em sua versão mais moderna.

Dessa forma, diante da ausência de norma regulamentadora, que enseja omissão legislativa inconstitucional, tendo em vista que obsta o exercício de um direito fundamental, de conteúdo social, decorrente da cidadania, encontram-se presentes todos os requisitos exigidos pela Constituição para que se faça uso do mandado de injunção a fim de assegurar aos titulares desse direito o seu pleno acesso.

Entretanto, cabe aqui uma indagação: como o juiz, no caso

concreto, vai solucionar esse problema? A resposta a esse questionamento exige refletir sobre os efeitos da decisão proferida no bojo do mandado de injunção.

Sobre esse tema, a doutrina<sup>28</sup> costumava distinguir duas correntes:

não concretista, pela qual o mandado de injunção serviria apenas para comunicar da omissão ao Poder, órgão, entidade ou autoridade incumbida de legislar (vertente adotada pelo STF por 17 anos, inaugurada pelo MI n.º 107 de 1990); concretista, segundo a qual o Judiciário, ao julgar procedente a ação, deve editar a norma faltante ou determinar a aplicação de outra norma existente ao caso concreto (adotada pelo STF, marcando mudança drástica de entendimento, notadamente nos MI's 670 e 712, de 2007).

Esta última ainda poderia ser dividida, quanto aos sujeitos atingidos pela decisão, em:

geral (*erga omnes*), segundo a qual a decisão proferida valeria para todas as demais pessoas na mesma situação; individual, pela qual a decisão do Judiciário somente produziria seus efeitos para o autor da ação.

Quanto à concessão de prazo para o impetrado adotar as providências demandadas, divide-se ainda esta corrente em:

direta: o Judiciário implementa diretamente a solução, sem concessão de prazo ao impetrado para fazê-lo;  
intermediária: ao julgar procedente a ação, o Judiciário assinala um prazo à autoridade competente para que produza a norma faltante. Nesse caso, esgotado o prazo, o Judiciário viabilizará ele mesmo o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa<sup>29</sup>.

---

28 A respeito de como esse tema era abordado antes da lei n.º 13.300 de 23 de junho de 2016, ver PFEIFFER, 1999 e QUARESMA, 1999.

29 Sobre o tema, elucidativo o trecho do voto do Ministro Néri da Silveira (citado por Alexandre de Moraes (Moraes, 2008): "Há, como sabemos, na Corte, nos julgamentos dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção n.º 107, que entende deva o Supremo, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício dos direitos e liberdades contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando



Como visto, o STF sustentou entendimento de uma aplicação não concretista por muitos anos, fulminando as esperanças de quem considerasse o mandado de injunção uma “super e multifinalística garantia integradora da ordem jurídica, destinada a tornar-se especialmente no campo dos direitos econômicos e sociais, uma fecunda guardiã da efetividade do sistema constitucional democrático restaurado e ampliado em 1988”<sup>30</sup>.

Após 2007, o Supremo mudou seu posicionamento para uma aplicabilidade concretista intermediária, oportunizando o legislador a possibilidade de suprir a omissão legal. A partir de então, a jurisprudência pátria acerca da eficácia das decisões em mandado de injunção passou a ser praticamente uníssona nesse sentido<sup>31</sup>.

A explanação detalhada de todas essas vertentes doutrinárias, porém, perdeu sua razão de ser diante da superveniência de legislação específica recente, que regulamenta os efeitos da decisão em mandado de injunção: Lei nº 13.300 de 23 de junho de 2016.

Extrai-se da leitura do artigo 8º<sup>32</sup> que a lei adotou, via de regra, a corrente concretista individual intermediária. Assim, o judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, tem como primeira providência, de regra, a fixação de um prazo ao impetrado para que edite a norma. Num segundo momento, em caso de inércia do legislador, a própria Corte estabelecerá os parâmetros para o adequado uso do direito pleiteado.

---

sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento da reclamação da parte quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. É por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. (Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira. Ata da 7.ª sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no Diário da Justiça em 4 de abril de 1995, seção I, p. 8.256)” (Moraes, 2008, p. 175).

30 Quaresma, 1999, p. 82 – citada por Lúcio Machado Campinho. (Campinho, 2006).

31 Por exemplo BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mandado de Injunção nº 10000130670771000. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 23 maio 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71005618236. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 08 outubro 2015 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 1017 RS. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 31 julho 2014

32 Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

## 5 CONCLUSÃO

Para quem está inserido no universo das minorias, não há conceito mais acertado do que aquele defendido por Rudolf von Ihering, ao afirmar que o direito é luta<sup>33</sup>. E se há verdade nessa assertiva, conclui-se que cada avanço legislativo no sentido de reconhecer os direitos das pessoas com deficiências, inserindo-os, de início, na ordem jurídica internacional e, posteriormente, nas legislações internas, encerra uma importante vitória na luta das pessoas com deficiência.

Não obstante toda a evolução legislativa que conduziu progressivamente à ampliação dos horizontes políticos e jurídicos acerca da questão das pessoas com deficiência, o exame minudente da realidade conduz à inquietante constatação de que se faz necessária a efetiva concretização dos direitos já reconhecidos.

Com efeito, a ausência de norma regulamentadora que verse sobre as adaptações necessárias ao exercício das atribuições dos cargos ocupados por esses sujeitos, após regular aprovação em concurso público consiste, a rigor, em omissão inconstitucional.

Demais disso, o direito atingido, de conteúdo eminentemente social, diz respeito à inclusão e participação da pessoa com deficiência na sociedade, razão pela qual deve ser compreendido como consectário direto da cidadania. Nesse contexto, o mandado de injunção apresenta-se como importante ferramenta, não mais na conquista dos direitos, mas na sua efetiva concretização.

A eficácia da própria garantia constitucional, outrora ameaçada por decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no passado, encontra-se plenamente estabelecida e fixada por recente regulamentação legal, conferindo ao Poder Judiciário o instrumental necessário para viabilizar o exercício do direito pleiteado.

Muito embora conscientes de que esse mecanismo da lei pode gerar debates em torno da intromissão do Poder Judiciário na esfera

---

33 IHERING, 2009, p. 22.

legislativa e, por consequência, sobre o princípio da separação dos poderes, as pessoas com deficiência possuem agora um poderoso arsenal para fazer valer, de fato e concretamente, o seu direito a trabalhar, especificamente, no serviço público.

Trata-se de mais uma medida direcionada à tão almejada eficácia dos direitos sociais. Na esteira de Amartya Sen (2010, p. 293), pode ser muito bonito afirmar que todo ser humano tem direito a trabalhar, mas se não houver sido caracterizado nenhum dever específico de um agente, esse direito não pode realmente “significar” grande coisa. Os direitos humanos, nessa concepção, são sentimentos comoventes, mas também são, rigorosamente falando, incoerentes. Dessa perspectiva, sem garantir-lhes a devida eficácia, essas pretensões seriam mais adequadamente vistas não tanto como direitos, e sim como nós na garganta.

## **THE EFFECTIVE EXERCISE OF THE PUBLIC SERVICE BY PEOPLE WITH DISABILITIES THROUGH THE WRIT OF INJUNCTION**

### **ABSTRACT**

*The evolution of the rights of the persons with disabilities gained notorious improvements during the decade from 1980 and 1990. In this time, this group succeeded in including its requests in the international agenda, approving important international treaties and conventions in its favor. Among these, the most important is undoubtedly the New York convention, which was received into Brazilian legislature in the condition of a constitutional amendment. In the lights of this amendment, the Brazilian law of inclusion (law no 13.146; 2015) was enacted with the goal of securing the rights of the persons with disabilities, and included within these we can highlight the right to work. Although working can be seen as the productive exercise of citizenship, and in spite of the*

*great advances seen in respect to the access of persons with disabilities to the right work in Brazil, there is still a lot to be done for this right to be effectively implemented. Specifically to the work in public offices, the Federal Constitution promotes the first affirmative action in this direction by enforcing that a minimum number of the available jobs in the government be secured for persons with disabilities. However, after being admitted into the public office, the person with disability usually faces great difficulties in performing the appointed tasks in view of the absence of the proper adaptations of the public institutions for their particular situation. The problem is not limited to the lack of adequate equipment, but also the need of the necessary regulation to guide the actions of the public manager, which often becomes a great obstacle to the materialization of the important right. At this moment, the use of injunctions comes forth as a possible way to compel the Judiciary to provide a proper legal solution for the case in hand, and, consequently help these persons with disabilities to overcome the barriers that prevent them of exercising that which is constitutionally guaranteed for them: the right to work.*

**Keywords:** *Right to work. Disabilities. Public Offices. Injunctions.*

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARISTÓTELES. **Política**, Livro 3, Cap. 1. Martin Claret. 6ª. Ed. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo. 2001.

BARRETO, Vicente. O conceito moderno de cidadania. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 192:29-37, abr./jun 1993.

BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas**

**normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 7ª. Ed atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 154-156.

BELLO, Enzo. **Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social.** Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 8, n. 2, p. 133-154, jul./dez. 2007.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Mandado de Injunção na tutela de direitos sociais.** Podivm. 2009.Salvador.

CAMPINHO, L. M. (jun de 2006). Efetividade constitucional via mandado de injunção. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, 7 (8), pp. 171-190.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003 p 475.

COMPARATO, Fábio Konder. **A nova cidadania.** Lua Nova: Revista de Cultura e Política. Nº.28-29 São Paulo Apr. 1993.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas em el derecho comparado europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 61, jan/abr.2001.

IHERING. Rudolf Von. **A luta pelo Direito.** Tradução: João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PFEIFFER, R. A. **Mandado de Injunção.** São Paulo: ed. Atlas. 1999.

PLATÃO. **A República.** Livro 5. Martin Claret. Coleção A obra prima de cada autor. São Paulo. 2003.

QUARESMA, R. **O mandado de Injunção e a ação de inconstitucional-**

**dade por omissão: teoria e prática.** (3a ed.). Rio de Janeiro: Forense. 1999.

RUSSEAU, J.J. **Contrato Social**, livro I, cap. VII. Martin Claret. Coleção A obra prima de cada autor. São Paulo. 2013.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** São Paulo: Companhia de Bolso. 2010.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

UNESCO (1995). **Declaração de Princípios Sobre a Tolerância**, de 16 de novembro de 1985. Disponível em: <[unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf](http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf)> acesso em 10 de outubro de 2016.

# Imprescindibilidade da Intervenção do Ministério Público Na Usucapião<sup>1</sup>

*Ednéa Teixeira Magalhães<sup>2</sup>*

*Zilda Carolina Dias Paiva Cândido<sup>3</sup>*

## RESUMO

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o Novo Código de Processo Civil, retirou a usucapião dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, passando a fazer parte do procedimento ordinário, além de inovar no instituto da usucapião extrajudicial, de natureza administrativa. Suprimiu, ainda, o artigo que tratava da intervenção do Ministério Público na ação de usucapião. Abordaremos nesse artigo a intervenção do Ministério Público na usucapião tanto judicial quanto extrajudicial como forma de fiscalizar o ordenamento jurídico, tendo em vista a usucapião como forma de concretização da função social da propriedade e do direito à moradia. Analisaremos, por último, os pontos polêmicos acerca da usucapião extrajudicial.

**Palavras-chave:** *Processo Civil. Usucapião. Intervenção do Ministério Público. Função social da propriedade. Lei nº 13.105/2015.*

## 1 INTRODUÇÃO

Durante a vigência do Código Processual Civil, Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, a usucapião era prevista como procedimento de

---

1 Data de recebimento: 18/05/2017. Data de aceite: 02/06/2017.

2 Membro do Ministério Público do Estado do Ceará. Professora de Direito Processual Civil na Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza. E-mail: edneatm@unifor.br

3 Assessora Jurídica Especial do Ministério Público do Estado do Ceará. Bacharel em Direito. Pós-graduada em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. E-mail: zildacarolina@gmail.com

jurisdição especial contenciosa. Com o advento do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, passou a ser um procedimento ordinário, uma vez que era a audiência de justificação prévia, há muito abolida através da Lei 8.951/94, que tornava esse instituto especial.

O atual Código de Processo Civil ampliou os conceitos da usucapião extrajudicial, de natureza administrativa, e retirou de forma expressa a exigibilidade da intervenção do Ministério Público como fiscal de todos os atos do processo da usucapião.

Resta analisar se realmente torna-se dispensável a participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, uma vez que a propriedade é direito individual e disponível, e a sua função social deve atender ao interesse público, a fim de concretizar o direito de moradia, reduzindo as desigualdades sociais, bem como evitar o crescimento das favelas, sejam urbanas ou rurais.

Vale observar também se a atividade exercida pelo tabelião na usucapião extrajudicial traz imparcialidade e segurança jurídica, tendo em vista a complexidade dos requisitos exigidos para o cumprimento de todos os pressupostos legais.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo analisar a relevância da intervenção do Ministério Público na ação de usucapião, seja judicial ou de forma administrativa.

Para a elaboração deste trabalho realizou-se um estudo bibliográfico, com base na doutrina processual civil brasileira e na Lei no 13.105/2015. Os métodos empregados foram o analítico-sintético, que consiste na compreensão e aprofundamento de um texto geral pelo estudo minucioso de suas partes, necessário aqui para o entendimento não só da doutrina, mas da lei processual civil em foco; e o método comparado, que será aplicado no estudo do artigo que trazia expressamente a exigência da intervenção do Ministério Público nas ações de usucapião e sua supressão no novo Código de Processo Civil, com a finalidade de apresentarmos as mudanças introduzidas na mencionada lei.



O tipo de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, ou seja, por meio de livros, monografias, artigos científicos, revistas, boletins, dentre outras pesquisas que foram disponibilizadas em bibliotecas e na internet.

## 2 USUCAPIÃO

Um aspecto interessante é examinar o gênero do vocábulo “usucapião”, se masculino, se feminino ou se os dois gêneros podem ser empregados. Vale observar que a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 183, §3º, e 191, parágrafo único, não aplica nenhum artigo ou especificador que evidencie o gênero escolhido para a palavra. Entretanto, o Código Civil, posterior à Constituição Federal, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, acolheu a expressão “da usucapião” (Seção I dos Capítulos II e III, do título III do Livro III), dirimindo, assim, uma dúvida que perdurou por bastante tempo.

Usucapião é um modo de aquisição originária da propriedade em decorrência do lapso temporal. É originário porque a aquisição não se dá por transmissão de proprietário anterior, e sim pelo cumprimento dos requisitos objetivos previstos na lei. Por ser forma originária de aquisição da propriedade, não se paga imposto de transmissão *inter vivos*. A usucapião pode estender-se à aquisição de outros direitos reais, tais como as servidões, o usufruto, o uso, a superfície e a habitação.

Neves assim conceitua a usucapião:

“O instituto trata tanto da aquisição de bens móveis quanto imóveis, embora seja inegável estar predominantemente ligado à aquisição da propriedade imobiliária. Não podem ser objeto de usucapião bens que não podem ser objeto de posse, como os incorpóreos e os fora do comércio, que são inalienáveis e insuscetíveis de apropriação, tais como os bens públicos (de uso comum, de uso especial e dominiais) e as terras devolutas”. (NEVES, 2012, p. 1387).

O fundamento da usucapião reside no fato de que todo bem, móvel ou imóvel, tem uma função social, devendo ser aproveitado pelo proprietário, direta ou indiretamente, de modo a gerar utilidades. Segundo Salles:

...assim, o proprietário desidioso, que não cuida do que é seu, que deixa seu bem em estado de abandono, ainda que não tenha intenção de abandoná-lo, perde sua propriedade em favor daquele que, havendo se apossado da coisa, mansa e pacificamente, durante o tempo previsto em lei, da mesma cuidou e lhe deu destinação, utilizando-a como se sua fosse. (SALLES, 1997, p.31).

Para que seja concedido o direito à usucapião, é necessário que certos requisitos previstos no Código Civil, Código de Processo Civil, Lei de Registros Públicos (Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973) e na Constituição Brasileira sejam observados.

A sentença de uma ação de usucapião é meramente declaratória, e o registro da sentença dá-lhe publicidade, ou seja, a anotação no álbum imobiliário não é constitutiva do direito, apenas autoriza a dispor do bem como proprietário declarado.

A usucapião serve, ainda, para consolidar as aquisições, pacificar os conflitos, dar segurança e estabilidade à propriedade, como bem salienta Salles:

Interessa à paz social a consolidação daquela situação de fato na pessoa do possuidor, convertendo-a em situação de direito, evitando-se, assim, que a instabilidade do possuidor possa eternizar-se, gerando discórdias e conflitos que afetem perigosamente a harmonia da coletividade. (SALLES, 2005, p. 49).

Assim, a usucapião é um instrumento de pacificação social, auxiliando na concretização da função social da propriedade, num país onde a disputa por terras contribuiu para a matança de pessoas inocentes. Entre as causas que motivaram a existência destes conflitos,

podemos citar a negligência do Estado em não promover a reforma agrária, o que facilitou o crescimento das favelas, tanto no setor urbano como no rural e a especulação imobiliária em detrimento da concretização do direito à moradia.

## 2.1 Espécies de usucapião

A legislação brasileira admite a usucapião tanto sobre bens imóveis quanto bens móveis. O bem móvel pode ser adquirido através da usucapião ordinária, prevista no artigo 1.260 do Código Civil, e da extraordinária, no artigo 1.261 do mesmo Código.

Com relação aos bens imóveis, são eles: extraordinário, ordinário e especial (rural e urbana), coletivo, familiar, indígena e extrajudicial.

A usucapião extraordinária está prevista no artigo 1.238 do Código Civil, e entre os seus requisitos estão: a posse mansa, pacífica e ininterrupta com *animus domini*, comportando o prazo de 15 anos, cuja posse independe de justo título e boa-fé, ou 10 anos caso o possuidor tenha estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviço de caráter produtivo.

A expressão *animus domini* faz referência à forma em que o possuidor exerce a sua posse sobre o bem, devendo ter um comportamento como se proprietário fosse, com intenção de tornar-se ou mesmo acreditar ser o dono do bem. Sobre o assunto, Gonçalves explica:

Não tem ânimo de dono o locatário, o comodatário e todos aqueles que exercem posse direta sobre a coisa, sabendo que não lhe pertence e com reconhecimento do direito dominial de outrem, obrigando-se a devolvê-la. Ressalve que é possível ocorrer a modificação do caráter da posse, quando, acompanhando a mudança da vontade, sobrevém uma nova *causa possessionis* (GONÇALVES, 2006, p. 99).

A usucapião ordinária está prevista no artigo 1.242 do Código

Civil, tendo como requisitos a posse contínua, incontestável, com justo título e boa-fé, exercida de forma mansa e pacífica pelo lapso temporal de 10 anos. Esse prazo pode ser reduzido para 5 anos se o imóvel foi adquirido onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório e cancelada posteriormente, sendo necessário ainda que os possuidores residam no imóvel ou tenham realizado investimentos de interesse social e econômico.

A Constituição Federal prevê duas espécies de usucapião de bem imóvel para atender aos possuidores de imóveis urbanos ou rurais, desde que estes os utilizem, respectivamente, para moradia e para sua sobrevivência econômica.

A usucapião especial urbana, também conhecida por pró-moradia, é prevista no artigo 183 da Constituição e no artigo 1.240 do Código Civil e possui características próprias que ressaltam o seu caráter social. A legitimidade é exclusiva a pessoas físicas que não tenham título de propriedade de outro imóvel urbano ou rural, não podendo o direito à usucapião ser concedido mais de uma vez ao mesmo possuidor. Ademais, a área urbana a ser usucapida limita-se a 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados). O lapso temporal para aquisição nessa modalidade é 5 anos.

A usucapião especial rural, prevista no artigo 191 da Constituição Federal e no artigo 1.239 do Código Civil, requer o lapso temporal de 5 anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural, não podendo ser superior a 50 hectares, sendo vedada a posse sobre qualquer outro bem imóvel. Além disso, deve ter por finalidade tornar a terra produtiva por seu trabalho ou de sua família, fixando nela a sua moradia, podendo ser chamada de pró-labore.

A usucapião coletiva, criada pela Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, tem como requisitos a ocupação por 5 anos ininterruptos e sem oposição, devendo a área do imóvel usucapiendo ter mais de 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados), não podendo os requerentes

tes ser proprietários de outro bem imóvel urbano ou rural. As áreas urbanas devem ser ocupadas por população de baixa renda, não sendo possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor. Por último, o imóvel deve ser objeto de moradia.

A usucapião familiar encontra-se capitulada no artigo 1.240-A do Código Civil, pode ser deferida àquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural, conforme o dispositivo legal anteriormente mencionado.

A usucapião indígena, prevista no artigo 33 do Estatuto do Índio (Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973), possui os mesmos pressupostos das demais espécies, com exceção do justo título e boa-fé que são exigidos na usucapião ordinária, sendo eles *animus domini*, posse mansa e pacífica, ininterrupta. O lapso temporal é de 10 anos consecutivos, e o imóvel tem que ser inferior a 50 (cinquenta) hectares. Tanto índio integrado à civilização, como os que vivem na selva, podem requerer esse tipo de usucapião.

Por último, a usucapião extrajudicial foi realmente regulamentada e dotada de feições próprias pelo Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, o qual acrescentou o artigo 216-A à Lei de Registros Públicos.

Essa modalidade de usucapião possui natureza administrativa, e não jurisdicional, não induzindo litispendência e nem possuindo característica típica da jurisdição.

Não se trata de instituto inédito no ordenamento jurídico brasileiro, pois já era prevista na Lei 11.977/2009, que tinha por objeto a regularização fundiária de interesse social, bem como existe o Decreto-lei nº 87.620, de 21 de setembro de 1982, que dispõe sobre

o procedimento administrativo a fim de assegurar o reconhecimento da aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais compreendidos em terras devolutas. Contudo, o Novo Código de Processo Civil ampliou e regularizou essa modalidade de usucapião, que será processada diretamente perante o cartório de registro de imóveis na comarca onde estiver localizado o imóvel. É imprescindível a representação por advogado ou defensor, e o tabelião atestará o tempo de posse do requerente e de seus antecessores.

O artigo 216-A da Lei de Registros Públicos também prevê os requisitos comuns exigíveis a todas as espécies de usucapião de bens imóveis, quando requer que sejam anexados aos autos: planta e memorial descritivo, assinado por profissional legalmente habilitado; certidões negativas com a finalidade de saber se o imóvel encontra-se registrado; intimação da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios para manifestarem interesse no feito; publicação de edital para dar ciência a terceiros e eventuais interessados.

Segundo os ensinamentos de Brandelli:

Não há limitação no art. 216-A da LRP quanto à espécie de usucapião que possa ser reconhecida pela usucapião extrajudicial, tampouco há alguma incompatibilidade por conta da natureza jurídica de alguma espécie, de modo que qualquer espécie de prescrição aquisitiva pode ser reconhecida extrajudicialmente se presentes os requisitos para tanto.

Qualquer aquisição de direito real imobiliário usucapível poderá ser reconhecida na via extrajudicial, se presentes a posse *ad usucapionem* pelo tempo adequado, aliada aos demais requisitos eventualmente exigidos, a depender da espécie de usucapião. (BRANDELLI, 2016, p.24).

Sendo a usucapião uma ação real imobiliária, o cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação, salvo quando casado sob o regime de separação absoluta de bens, conforme artigo 73 do Novo Código de Processo Civil.

Outro requisito exigido à usucapião é a citação pessoal dos

confinantes<sup>4</sup>, salvo quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, assim como a publicação de edital também é necessária na ação de usucapião imóvel, conforme artigos 246, §3º e 259, I do Novo Código de Processo Civil, respectivamente.

A nomeação de curador de ausentes só será necessária quando o réu certo e determinado encontrar-se em lugar incerto ou não sabido. Por exemplo, o imóvel usucapiendo encontra-se registrado em nome de uma pessoa que não se sabe o paradeiro. O mesmo acontece quando se tratar de o confinante certo e determinado encontrar-se em lugar incerto.

Atendidos os requisitos legais para o requerimento da usucapião, seu objetivo é a utilidade social, pois é fundamental que cada coisa tenha um dono, que cuide dela de acordo com o interesse geral da sociedade. Assim, o proprietário que abandona um bem é preterido pelo direito, em favor daquele que dá à coisa destinação social de utilidade.

## **2.2 Função social da propriedade e o direito à moradia**

A propriedade tem seguido a evolução do Estado, e este a evolução do próprio homem, onde o Estado Liberal não era capaz de atender às demandas coletivas. Assim, com o fim da Primeira Guerra Mundial, surgiu um novo modelo de Estado, denominado Estado Social, tendo por objetivo a concretização dos direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração, buscando a redução das desigualdades sociais existentes, através de prestações positivas do Estado (Cunha; Novelino, 2015, p. 169).

No Brasil, desde a Constituição do Império, 1824, que é garantido o uso da propriedade, limitada no sentido de poder ser desapropriada por necessidade ou utilidade pública. A Constituição de 1934 foi pioneira em relacionar os termos propriedade e função social. Com

---

<sup>4</sup> Súmula 391, STF: O confinante certo deve ser citado, pessoalmente, para a ação de usucapião.

o advento da Constituição de 1988, foi introduzido o direito fundamental à propriedade, inovando com a expressão “função social da propriedade”, nos artigos 5º, XXIII, 170, III, 182, parágrafo segundo e 186, caput. Segundo Bulos:

A função social da propriedade, para compatibilizar-se com a almejada justiça constitucional, deve desempenhar destino economicamente útil, isto é, produtivo, com vistas à satisfação das necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem, canalizando suas potencialidades em benefício de todos, sem qualquer distinção. (BULOS, 2007, p. 197).

No Código Civil de 1916, artigo 524, “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”. O Código não conceitua o que é propriedade, limitando-se apenas a elencar os direitos que asseguram aos proprietários.

O atual Código Civil, artigo 1.228, também não define a propriedade, apenas dispõe sobre os direitos que o proprietário pode exercer sobre o imóvel, ou seja, usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Esse direito deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Assim, com a evolução dos tempos, do homem e do próprio Estado, foi constatado que era impossível viver em sociedade sem respeitar os direitos novos surgidos em decorrência da vida social dos povos, como os direitos transindividuais coletivos e difusos. Tornou-se necessário também limitar o direito de propriedade individual a fim de favorecer um interesse maior, que é o da sociedade.

Sobre a função social da propriedade, Maluf ensina:

O princípio da função social da propriedade, enquanto princípio ordenador da propriedade privada, é largamente utilizado em matéria urbanística. Reafirmado diversas



vezes pela Lei Maior, representa uma limitação ao direito de propriedade, no sentido de que compõe o próprio perfil desse direito. O proprietário deve usar e desfrutar do bem exercendo esse direito em prol da coletividade. (MALUF, 2010, p. 60-61).

A usucapião urbana, rural e coletiva exigem outros requisitos específicos, pois têm como objetivo atender aos princípios e direitos sociais constitucionais, como o cumprimento da função social da propriedade e o direito à moradia.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 já trata do direito à moradia, em seu artigo 25, 1, onde estabelece que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para que lhe seja assegurado, bem como à sua família, a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao alojamento, dentre outros direitos sociais.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 11, I, reconhece o “direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida”.

Na Constituição de 1988, o direito à moradia foi incluído através da Emenda Constitucional nº 26/2000. Assim, esse direito resulta do Estado Social, onde os poderes públicos devem criar medidas de forma a concretizar e atender as necessidades coletivas, de modo a promover igualdade política e social, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana.

### **3 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA ORDEM JURÍDICA NA AÇÃO DE USUCAPIÃO**

Em breve análise histórica, da origem e evolução do Ministério Público, observa-se por meio de pesquisas realizadas no Egito há

mais de 4 (quatro) mil anos, que o *Parquet* exercia a função real, que era considerada como “língua e os olhos do rei”. (Mazilli, 1991, p. 1).

Através da Constituição Federal, o Ministério Público conseguiu ocupar a função de defensor dos direitos sociais, dos povos indígenas e das minorias. Além de fiscalizar o ordenamento jurídico, promove privativamente a ação penal pública, defende a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses individuais indisponíveis, bem como os direitos transindividuais, sejam coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Busca também, através do exercício de suas funções, não só a aplicação do Direito, mas implantar a justiça.

É um órgão que possui a finalidade de representar a sociedade, fiscalizando o efetivo cumprimento da Constituição e das leis pelos governantes eleitos, e perante o Poder Judiciário, quando a demanda interessar à sociedade. Como bem atualizou o Novo Código de Processo Civil, o Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, na qualidade de fiscal, conforme artigo 176, não deixando de exercer também o seu direito de ação.

O Ministério Público age em nome próprio, defendendo interesse alheio, assumindo a posição de substituto processual. Quando se manifesta, busca a concretização dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.

Como bem enfatiza Gonçalves, existem três hipóteses que justificam a atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. São elas, segundo o artigo 178 do Novo Código de Processo Civil: quando houver interesse público ou social, interesse de incapazes e nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e urbana.

Um exame dessas hipóteses permite distinguir duas categorias: aquelas em que a intervenção ministerial é justificada pelo objeto discutido no processo; e aquelas em que o é pela qualidade de uma das partes. Por isso, parcela da doutrina faz a distinção entre a intervenção ministerial como efetivo fiscal da ordem jurídica (...) e como auxiliar da parte (...). (GONÇALVES, 2016, p.279).

## Sobre o assunto, Ferraz e Guimarães Júnior ensinam:

Parece claro, no entanto, que não é todo interesse público que merece a atenção do *Parquet*. O interesse público que existe na correta aplicação da lei pelo Juiz, presente em todos os processos, não é, por exemplo, suficiente para ensejar a intervenção ministerial.

(...)

Deve o Ministério Público, então, zelar apenas pelo interesse público que se apresenta como mais relevante, porque relevantes são suas incumbências constitucionais. Assim, se ao *Parquet* incumbe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, apenas o interesse público qualificado deve merecer sua fiscalização no processo civil, sob pena de um perigoso desvirtuamento da missão constitucional da Instituição, que parece ser a de autêntica alavanca, procurando sempre a efetiva aplicação da lei para propiciar o fortalecimento do Estado de Direito e a pacificação social. (FERRAZ; GUIMARÃES JÚNIOR, 1997, p.155).

A consequência da falta de intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica é a nulidade do processo, como preceituam os artigos 279<sup>5</sup>, *caput*, §1º e § 2º e 967, III, “a”<sup>6</sup>, do Novo Código de Processo Civil. É necessário apenas ressaltar a diferença existente quando o *Parquet* atua em razão do objeto, onde a nulidade é absoluta, e quando a intervenção é necessária apenas em função da qualidade da parte, onde a nulidade ficará condicionada à existência de ocorrer prejuízo ou não.

---

5 Cf. **Art. 279**. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.

**§ 1º** Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado.

**§ 2º** A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.

6 Cf. **Art. 967**. Têm legitimidade para propor a ação rescisória:

**III** - o Ministério Público:

a) se não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção;

### **3.1 A necessidade de intervenção do Ministério Público na ação de usucapião**

O Código de Processo Civil de 1973 tratava a usucapião no Livro IV dos Procedimentos Especiais, Título I, de Jurisdição Contenciosa. Com o advento do Código de Processo Civil atual, a usucapião saiu do Livro IV, pois o que tornava a usucapião um procedimento especial era a audiência de justificação de posse, que foi suprimida através da Lei 8.951/94, dando nova redação ao artigo 942, deixando de se exigir a realização da audiência de justificação de posse.

Progressivamente, foi suprimido o artigo 944 do Código de Processo Civil de 1973, que exigia a intervenção obrigatória do Ministério Público em todos os atos do processo de usucapião, sob pena de nulidade. Atualmente, a usucapião é um procedimento ordinário, e o Novo Código de Processo Civil trata em apenas 3 (três) artigos: 246, 259, §3º e 1.071.

A saída expressa da participação do Ministério Público na usucapião, no nosso entendimento, não significa sua prescindibilidade, uma vez que a usucapião é uma ação complexa, onde vários requisitos legais são exigidos, e o promotor de justiça que já atuou na primeira instância nesta ação, sabe da dificuldade de se trazer aos autos a documentação necessária para o cumprimento de todos os pressupostos legais.

A fim de provar que comporta e é necessária a participação do Ministério Público na ação de usucapião, basta fazer uma interpretação sistêmica, que procura no ordenamento jurídico a completude, busca a segurança jurídica, evitando a interpretação de forma a permitir a existência de normas antinômicas e assim ostentar coerência dentro do próprio sistema. Interpreta-se a lei, levando em consideração os demais dispositivos legais existentes.

É fundamental também fazer uma interpretação teleológica, onde se busca encontrar a finalidade da norma, o bem comum, o interesse

público, a justiça, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento ao editar a norma, como consta no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a qual propõe ao juiz que, na aplicação da lei, deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

A propriedade que pode ser de direito individual privado, tem efeito *erga omnes*, é de interesse de toda a coletividade, devendo, portanto, o Ministério Público fiscalizar a sua legalidade, sob pena de contribuir para o crescimento das irregularidades fundiárias, como invasões ou mesmo propriedades adquiridas de forma clandestina.

A realidade social em que vivemos, onde não existe muito compromisso de lealdade entre os homens, onde constantemente se busca violar o direito do outro, principalmente no que concerne à propriedade, seja por meio de invasões seja pela burla de documentos, torna-se cada vez mais séria a necessidade de intervenção do Ministério Público como agente promovedor da correta aplicação da lei e da justiça social a ser preservada. Para isso, basta analisarmos os dispositivos contidos nos artigos 178, III, e 176, do Novo Código de Processo Civil:

**Art. 176.** O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.

**Art. 178.** O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

**III** - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. (BRASIL, Código de Processo Civil).

Por certo, a intervenção do Ministério Público como fiscal do ordenamento jurídico na ação de usucapião contribuirá para dar maior segurança jurídica, com a correta aplicação da lei, a fim de se conquistar um ideal de justiça social.

## 4 ASPECTOS POLÊMICOS DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

A usucapião extrajudicial é o resultado da busca constante por maior celeridade processual no intuito de fornecer uma solução rápida com uma prestação jurídica efetiva, a exemplo da retificação de registro, regularização fundiária, divórcio e inventário, realizados de forma administrativa.

O processo de desjudicialização iniciou com a Lei 11.441/07, denominada Lei da Desburocratização dos Procedimentos, retirando do judiciário a exclusividade da prestação jurisdicional, compartilhando-a com a esfera administrativa.

Inobstante a existência dos princípios que norteiam a função registral imobiliária, tais como legalidade, especialidade, continuidade, presunção e atribuição territorial que garantem o exercício de tal função, resta analisar se os tabeliães e seus funcionários estão preparados para agir de forma imparcial e com os conhecimentos técnico-jurídicos necessários, já que nem todos passaram pelo processo de concurso, a fim de se evitar injustiças ou mesmo o descumprimento da lei. Há necessidade, em muitos casos, de ouvir testemunhas. Terá o tabelião preparo para indeferir as testemunhas impedidas, incapazes ou suspeitas?

Nesse sentido, salienta Brandelli:

Ao Notário cabe acolher e instrumentalizar declarações de vontade, ou autenticar fatos. Não cabe presidir processos administrativos, analisando provas e deferindo ou não o pedido, publicizando o direito ou negando tal publicidade. (...)

Embora o Notário tenha um papel importante na lavratura da ata notarial que instruirá a peça inicial do processo, sua atuação é a de autenticar fatos ou instrumentalizar atos jurídicos e não a de conduzir processos administrativos ligados à aquisição de direitos reais; ademais, atua ele na esfera obrigacional do Direito (BRANDELLI, 2016, p. 18).

Existe segurança jurídica no fornecimento da ata notarial lavrada pelo tabelião atestando o tempo de posse do requerente e seus

antecessores, conforme art. 216-A, I?

Como avaliar o pressuposto necessário para a ação de usucapião que exige as obras ou serviços de caráter produtivo ou mesmo interesse social e econômico, análise essa que deve ser feita de modo imparcial e com conhecimentos jurídicos específicos?

A obrigação da presença de advogado ou defensor público constitui outra dificuldade em face da precariedade da Defensoria Pública no nosso país, que não possui boa infraestrutura e nem número suficiente de advogados para atender à população.

Resta analisar se a usucapião extrajudicial é modo efetivo e seguro para garantir os interesses sociais da coletividade, tendo em vista que os serviços notariais e de registro não fazem parte do Poder Judiciário e são passíveis de sofrer influências políticas e monetárias por parte do interessado, já que a delegação de um serviço público para particulares pode favorecer ou dificultar a prática desses atos que exigem imparcialidade.

## 5 CONCLUSÃO

O perfil traçado pela Constituição de 1988 não teve por objetivo retirar o Ministério Público de sua atuação nos processos judiciais de interesses individuais. O constituinte aperfeiçoou e acrescentou a defesa dos direitos transindividuais, sejam coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Seria um retrocesso suprimir a atuação do Ministério Público nos processos judiciais como fiscal do ordenamento jurídico e como parte, para restringir a sua atuação aos direitos e interesses metaindividuais ou coletivos *lato-sensu*.

É imprescindível a intervenção do Ministério Público no processo de usucapião tanto judicial quanto extrajudicial como forma de fiscalizar o ordenamento jurídico, tendo em vista a concretização da função social da propriedade e do direito à moradia, contribuindo para o cumprimento do tão almejado princípio da dignidade da pessoa humana.

Não é necessário que a Lei, de forma expressa, exija a intervenção

do Ministério Público na ação de usucapião, uma vez que o artigo 178 do Código de Processo Civil menciona claramente que o *Parquet* deve intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses em que exista interesse público ou social e nos litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Para isso, basta aplicar a interpretação sistêmica e teleológica, que procura no ordenamento jurídico a completude, busca a segurança jurídica, evitando a interpretação de forma a permitir a existência de normas antinômicas e assim ostentar coerência dentro do próprio sistema. Interpreta-se a lei, levando em consideração os demais dispositivos legais existentes.

Na usucapião extraordinária, que possui natureza administrativa, torna-se fundamental a atuação do Ministério Público como fiscal do ordenamento jurídico, uma vez que a propriedade é de direito privado e disponível, mas a sua função social é de direito coletivo, possuindo efeito *erga omnes*, sendo claro o interesse público e social.

Mudanças urgentes são necessárias, uma vez que a violência cresce a cada dia, assassinatos são cometidos a qualquer tempo e hora, sequestros e outras formas de atrocidades são praticadas e os direitos sociais estão sendo constantemente violados, em destaque especial ao direito à moradia, tendo em vista as invasões recorrentes e o crescimento das favelas tanto no setor urbano como no rural.

## **INDISPENSABILITY OF PUBLIC MINISTRY INTERVENTION ON ADVERSE POSSESSION**

### **ABSTRACT**

*Law No. 13.105, of March 16, 2015, establishing the new Civil Procedure Code removed the adverse possession from the special procedures of contentious jurisdiction, becoming part of the ordinary procedure, besides innovating about extrajudicial adverse possession, which has an administrative nature. Also suppressed the article dealing with the*



*intervention of the Public Ministry in the adverse possession lawsuit. We'll discuss in this article the intervention of the public prosecutor in both judicial and extrajudicial adverse possession as a way of monitoring the legal system, in view of the adverse possession as the embodiment of the social function of property and the right to housing. We'll analyze, finally, the controversial points about the extrajudicial adverse possession.*

**Keywords:** *Civil Procedure. Adverse possession. Public ministry intervention. Social function of property. Law nº 13.105/2015.*

## REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código de Processo Civil: Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) - Acesso em: 03 abr. 2016.

\_\_\_\_\_, **Código de Processo Civil: Lei 5.868, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm) Acesso em 20 de mai. de 2016.

\_\_\_\_\_, **Código Civil: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm) Acesso em 20 de mai. de 2016.

\_\_\_\_\_, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 15 de mai. de 2016.

\_\_\_\_\_, **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,** Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 05 jul. 2016.

BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião administrativa: De acordo com o**

**Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva. 2016, p. 18.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada.** 7 ed. Editora Saraiva. São Paulo – São Paulo. 2007, p. 197.

DA CUNHA JR, Dirley; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para Concursos.** 6 ed. Editora Juspodvm. Salvador – Bahia. 2015, p. 169.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. **Ministério Público - Instituição e Processo.** São Paulo, Ed. Atlas, 1997, pág. 155.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas.** Volume V, 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.99.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquemati-**  
**zado.** 7 ed. São Paulo. Saraiva. 2016, p. 279.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Limitações urbanas ao direito de propriedade.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 60 e 61.

MAZILLI, Hugo Nigro. **Manual do promotor de justiça.** 2 ed. São Paulo. Saraiva. 1991, p.1.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 1387.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis.** 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 49.

\_\_\_\_\_. **Usucapião de bens imóveis e móveis.** 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.31.

# A Judicialização das Questões Ambientais e os Seus Impactos do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: Um Estudo de Caso da Aplicação da Lei N<sup>o</sup> 9.985/2000<sup>1</sup>

*Jaiana Lopes de Araújo<sup>2</sup>*

*Ana Carolina Barbosa Pereira Matos<sup>3</sup>*

*Maria da Paz Kannock Alves Pereira<sup>4</sup>*

## RESUMO

Após a edição da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu capítulo próprio para tratar das questões ambientais, os temas relacionados ao direito ambiental têm recebido cada vez mais atenção dos legisladores pátrios. No que tange à aplicação das normas desse ramo do Direito, contudo, ainda é baixo o nível de efetivação das mesmas. Assim, tendo em vista a urgência na atualidade da tutela do meio ambiente, observa-se, também, uma crescente judicialização desses temas, com a transferência do Poder Executivo para o Poder Judiciário da responsabilidade de garantir a concretização da proteção ambiental. Considerando as diversas leis que foram elaboradas sobre direito ambiental, destaca-se a Lei 9.985, de 18 de julho de

1 Data de recebimento: 18/05/2017. Data de aceite: 02/06/2017.

2 E-mail: jaiana.lopes@hotmail.com. Pós - Graduanda do Curso de Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará; Advogada, inscrita no número de ordem 36.768.

3 E-mail: anacarolina.bpmatoss@gmail.com. Doutoranda em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Professora do Centro Universitário Estácio do Ceará e Professora orientadora do Programa de Iniciação Científica da Estácio do Ceará.

4 E-mail: kannockalves@hotmail.com. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará; Advogada no Escritório Rocha, Marinho & Sales Advogados.

2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Ela foi implantada para regulamentar o artigo 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Carta Magna. O seu destaque é proveniente de grande incidência nas jurisprudências dos tribunais brasileiros. Trata-se, de exemplo claro, de norma que a sua efetivação tem sido garantida por meio da intervenção do Judiciário sobre as políticas públicas ambientais promovidas pelo Poder Executivo. O objetivo precípua deste trabalho é a realização de um estudo acerca dos efeitos jurídicos decorrentes desta busca do meio judicial para garantir a implementação das normas ambientais vigentes. Concluiu-se que a judicialização de questões ambientais é algo bastante comum, atualmente, como se pode verificar das diversas decisões proferidas em sede dos Tribunais Superiores referentes à implementação da Lei nº 9.985/2000. Por fim, verificou-se que de fato havia a necessidade de intervenção do Judiciário na tutela do tema, haja vista a urgência quanto à proteção ambiental, contudo, além de ocorrer uma clara interferência direta de um Poder sobre o outro, acarretando certo desequilíbrio entre os mesmos, a judicialização cada vez maior de uma série de direitos, como é o caso dos direitos ambientais, tem promovido uma maior sobrecarga para o Poder Judiciário, assim, colocando em xeque a eficácia das decisões judiciais.

**Palavras-chaves:** *Meio ambiente. Judicialização. Lei nº 9.985 de 2000.*

## **1 INTRODUÇÃO**

As questões ambientais no decorrer das últimas décadas vêm ganhando um protagonismo mundial devido a sua relevância, pois o direito a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado é visto como um direito difuso, de terceira geração, que depende da conscientização e participação de todos, prevalecendo, assim, sobre as garantias individuais.

No Brasil, não poderia ser **diferente, o sistema jurídico nacional vem** intensificando as suas legislações ambientais tanto em relação a métodos de preservação e conservação como na concreta efetivação das normas. Um exemplo disso foi a criação da Lei 9.985/2000, que regulamenta o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, que será abordada neste artigo.

Dessa forma, o objetivo geral do presente trabalho é analisar a recorrente judicialização das questões ambientais, ou seja, o poder judiciário deixa de atuar como mero aplicador mecânico das normas preestabelecidas e passa a assumir a responsabilidade de realizar direitos, como o direito à preservação ambiental (PRIMOR RIBAS; SOUZA FILHO, 2014, p. 649).

A metodologia utilizada foi a pesquisa de doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores, além da consulta de diversos documentos, obras e artigos nacionais, tudo com o objetivo de apresentar maior clareza e interesse sobre a temática exposta.

Em um primeiro momento, apresentar-se-á a instituição do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, com destaque para a sua aplicabilidade e eficácia no meio jurídico e social. Dando prosseguimento ao estudo, será analisado o conceito de judicialização. A pesquisa se encerra com a análise da efetivação da Lei 9.985/2000 nos Tribunais Superiores.

Pretende-se, com o presente trabalho, fomentar os debates acerca da judicialização da matéria ambiental, notadamente quanto à efetividade da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC (Lei 9.985/2000), deste modo, contribuindo para a conscientização social e jurídica da questão em análise, que seguramente é de grande relevância para uma efetiva aplicação das normas ambientais, o que contribui na real proteção da biodiversidade nacional.

## 2 A JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, verificou-se um aumento na procura do Poder Judiciário, por parte da população, para dirimir diversas matérias. Isso ocorreu porque, a sociedade, passou a depositar no órgão institucional, a possibilidade de efetivação de direitos constitucionalmente garantidos (CALSAVARA; PAMPLONA, 2004 p. 6). Essa busca constante, das pessoas pelo Poder Judiciário, foi denominada judicialização.

A judicialização é considerada um fenômeno mundial, e sua origem remetem-se ao século XIX, passando por diversos contextos históricos, como “Revolução Industrial, bem como pela posterior criação de sindicatos e do desenvolvimento de legislações trabalhistas” (MOURA, 2016, p. 70). Registra-se a sua incidência tanto nos países que adotaram o sistema “*common law*” quanto o sistema “*civil law*”.

No Brasil, o fenômeno remete-se à formação da Assembléia Constituinte responsável pela elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988. A Carta Política facilitou o acesso ao Judiciário, pelas pessoas em gerais, ao criar alguns mecanismos de acesso à justiça, como a defensoria pública, juizados especiais, fóruns regionalizados e juizados especiais itinerantes (MOURA, 2016, p. 69-83).

Com essa iniciativa, acabou ocorrendo um aumento significativo, tantos nos litígios ajuizados em todo o território nacional quanto na diversidade de matérias que passaram a ser discutidas.

O fenômeno pode ser definido como, a procura excessiva do Poder Judiciário, com o intuito de aplicação de uma lei, ou ainda para resolver questões de grande relevância social e política.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República,

seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juizes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2012, p. 24).

São inúmeras as causas do fenômeno no mundo, mas, no Brasil, podemos associar três causas da judicialização. A primeira diz respeito à redemocratização do país, que se deu principalmente depois da Constituição Federal de 1988. A segunda seria a constitucionalização ampla, uma vez que diversas matérias foram tratadas expressamente na Constituição. E a terceira e última causa, seria o sistema de controle de constitucionalidade, adotado no Brasil (BARROSO, 2012, p. 24).

A redemocratização do país e a constitucionalização ampla estão amparadas na Constituição Federal de 1988, inclusive, apelidada por Ulisses Guimarães como a “*Constituição Cidadã*”. Este apelido se deu, principalmente, devido amplas garantias fundamentais, previstas na Carta Magna, que abarcaram tanto os direitos individuais como os coletivos, tais como:

A livre manifestação do pensamento, o *habeas data*, o mandado de injunção, o condicionamento do direito à propriedade ao atendimento de sua função social, a tortura e o terrorismo crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Os direitos sociais, com ênfase em emprego protegido contra despedida arbitrária, férias anuais acrescidas de um terço do salário normal, licença à gestante de cento e vinte dias, licença-maternidade e amplo direito de greve, a Previdência Social cedendo a vez ao conceito mais abrangente da Seguridade Social. Também pela primeira vez os índios têm assegurados os direitos originários sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente (PASSARINHO, 2005, p. 20-21).

No que tange ao controle de constitucionalidade, é considerado como um meio de garantir a supremacia da Constituição. A sua

utilização possui o intuito de verificar se os atos produzidos pelo Executivo, Judiciário e Legislativo, estão em conformidade com o texto constitucional (BULOS 2015, p. 186). O modelo de controle utilizado no Brasil é um dos mais avançados do mundo, pois ele abrange os principais sistemas de controle da constitucionalidade, como o americano (controle difuso) e o austríaco (controle concentrado) (BULOS, 2015, p. 204).

Ademais, diante da intervenção judicial na vida brasileira, Luís Roberto Barroso faz algumas críticas. São elas: crítica política ideológica, crítica quanto à capacidade institucional e crítica quanto à limitação do debate.

A primeira, diz respeito à investidura dos juízes e membros dos tribunais, tendo em vista que eles não são agentes públicos eleitos, uma vez que a posse no cargo não se dá por vontade popular. Segundo Barroso (2012, p.11), “quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político”.

A segunda refere-se à viabilidade dos três Poderes, Executivo, Judiciário e Legislativo, interpretarem a Constituição. Contudo, ressalta-se que em caso de dúvida, caberá ao Judiciário decidir. Apesar desta prerrogativa, não quer dizer que toda e qualquer matéria deve ser decidida nos tribunais (BARROSO, 2012, p. 11).

A terceira e última crítica refere-se à linguagem que é utilizada, haja vista o mundo do direito possui dialético e conhecimentos técnicos específicos, que não são acessíveis a todas as pessoas (BARROSO, 2012, p. 12).

Em sentido contrário, Reynaldo Mapelli Junior acredita que “o acesso ao Poder Judiciário representa, realmente, uma conquista da cidadania brasileira”. Assim, afastando o entendimento de que as normas jurídicas de direitos humanos possuem conteúdo meramente programático. Desta forma, passando o Judiciário a acolher pedidos dos cidadãos, quando seus direitos fundamentais são violados (MAPELLI, 2015, p. 210).



A questão da judicialização no Brasil é matéria controvertida entre os autores brasileiros, tendo em vista a divergência quanto aos benefícios da procura, cada vez mais constante, do Poder Judiciário pela população brasileira, com intuito de ver seus direitos fundamentais tutelados.

Outrossim, percebeu – se um aumento nas ações que versam sobre direito ambiental nos Tribunais Superiores brasileiros. Esse crescimento ocorreu devido a um grande número de legislações que tratam do assunto, principalmente depois da Constituição, que estabeleceu capítulo próprio para o meio ambiente.

A procura visa a garantir a efetividade dos direitos previstos em lei, ou ainda para preencher supostas lacunas que seriam de competência dos Poderes Legislativos e Executivos.

Por fim, frisa-se que, apesar das controvérsias em relação ao tema, tal fenômeno está se tornando comum no Judiciário Pátrio, haja vista a ausência de políticas públicas efetivas por parte do Poder Executivo para a concretização de muitos direitos fundamentais, restando em muitos casos à sociedade, como única opção, buscar a efetivação dos seus direitos por meio do Poder Judiciário.

### **3 A INSTITUIÇÃO DO SISTEMA NACIONAL DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA**

A Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, foi criada para regulamentar o artigo 225 § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, onde no inciso III do referido artigo, declara que incube ao poder público:

Definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. (BRASIL, 1988).

Essa lei institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, estabelecendo critérios e normas para a sua criação, implantação e gestão.

As Unidades de Conservação são conceituadas no artigo 2º, inciso I da Lei, como:

Espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção. (BRASIL, 2000).

Em 1992, foi dado início a tramitação do anteprojeto de criação do SNUC, no entanto, desde 1988, havia sido iniciado o seu processo de elaboração. Até a Vigência da Lei 9.985/2000, não existia nenhuma lei federal que disciplinasse a questão das Unidades de Conservação, dessa forma, o Parque Nacional de Itatiaia, criado em 1937, foi a primeira Unidade de Conservação instituída no Brasil sem a devida regulamentação, o que só foi possível, posteriormente, com o advento da lei (BERNARDO, 2004, p. 3 e 4).

Foi um grande avanço na História do Direito Ambiental brasileiro a criação dessa legislação, pois além de trazer conceitos importantes para a matéria, como recurso ambiental, preservação, extrativismo, recuperação, restauração, dentre outros, ela representa um progresso no que diz respeito à conservação e preservação da natureza, ou seja, delimita no território nacional espaços que pelo seu valor cultural, social e ambiental, merecem uma maior proteção que não depende só do poder público, mas de toda a sociedade, empenhada na busca de um ambiente que possibilite uma sadia qualidade de vida.

Seus objetivos vão desde a proteção de espécies em extinção, até a proteção dos recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais. Todos esses objetivos estão elencados nos incisos do artigo 4º.

As Unidades de Conservação são divididas em dois grandes gru-

pos, quais sejam as Unidades de Proteção Integral<sup>5</sup> e Unidades de Uso Sustentável<sup>6</sup>, conceituadas no artigo 2º, incisos VI e XI, onde ambas englobam outras subdivisões.

As Unidades de Proteção Integral são formadas por cinco categorias, são elas; Estação Ecológica, Reserva Biológica, Monumento Natural, Refúgio de Vida Silvestre e Parque Nacional (MACHADO, 2013 p. 970).

Já as Unidades de Uso Sustentável são compostas por sete tipos de unidades de conservação, quais sejam, Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural (MACHADO, 2013 p. 971).

Percebe-se a importância que essa lei tem tanto no ordenamento jurídico nacional quanto no meio ambiente ecologicamente equilibrado. No entanto, existem alguns problemas nesse sistema, pois como bem assevera Farena (2007, p. 124), “a maioria dessas Unidades de Conservação existe apenas no papel ou ressentem-se da falta de recursos materiais e humanos”.

Assim, nem todos os Estados da Federação dispõem de unidades de conservação de modalidade integral, privando ecossistemas de alto risco de proteção mais completa, quando na verdade a necessidade de preservação é que deveria ditar a criação desse tipo de unidade de conservação. (FARENA, 2007, p. 124).

Um exemplo dessa fragilidade é com relação à Caatinga Nordestina, que conta com pequena porcentagem de área protegida por Unidade de Conservação, sendo que esse percentual não é suficiente para preservar e reverter esse ecossistema destruído pelo uso irresponsável (FARENA, 2007, p. 125).

---

5 Inciso VI - proteção integral: manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitido apenas o uso indireto dos seus atributos naturais.

6 Inciso XI - uso sustentável: exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável.

Outro problema aparente é que o “SNUC trata apenas das Unidades de Conservação *strictu sensu*, isto é, aqueles espaços protegidos que estão nas categorias por ele estipuladas” (FUTADA, 2016, *online.*) o que, por exemplo, não abrangem nesse espaço as áreas de preservação permanente<sup>7</sup> e as reservas legais<sup>8</sup> previstas na Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, que são conceituadas em seu artigo 3º.

Tanto as áreas de preservação permanente quanto as reservas legais, por serem ambientes especialmente protegidos, deveriam integrar o grande sistema das Unidades de Conservação, pois como o SNUC, compactuam do mesmo objetivo, qual seja o de proteger os bens ambientais a fim de que as futuras gerações tenham acesso a esses recursos.

Outro ponto relevante da lei é o que declara o artigo 22, § 2º:

A criação de uma unidade de conservação deve ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade, conforme se dispuser em regulamento. (BRASIL, 2000).

Essa consulta prévia em que a lei e o decreto exigem para a criação de Unidades de Conservação, excetuando-se para a implantação de estações ecológicas<sup>9</sup> e reservas biológicas<sup>10</sup>, vem causando pequenos transtornos, pois requer tempo, o que talvez gere mais

---

7 Inciso II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

8 Inciso III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa.

9 Segundo dispõe a Lei 9.985/2000, art. 9º, “a Estação Ecológica tem como objetivo a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas”.

10 A Reserva Biológica tem como objetivo, conforme descreve o art. 10 da Lei 9.985/2000, “a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais”.

impacto na área que se pretende proteger. Além do mais, é considerada bastante limitada, pois frequentemente questões importantes, por exemplo, se a unidade deveria ser ou não criada, muitas vezes ficam de fora da consulta. Normalmente, os questionamentos se estendem apenas a localização, dimensão e os limites adequados para a unidade (FUTADA, 2016, *online*).

O Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002, que regulamenta artigos da Lei nº 9.985/2000, prescreve em seu artigo 5º, § 1º que “a consulta consiste em reuniões públicas ou, a critério do órgão ambiental competente, outras formas de oitiva da população local e de outras partes interessadas”. (BRASIL, 2002).

Assim, se alguém por algum motivo atrasar o processo de criação da unidade, acionará o Poder Judiciário, questionando a sua legalidade como um todo (MERCADANTE, 2010, *online*). O que é uma atitude tida como lamentável, visto que muitos que se valem de interesses pessoais para impedir a criação dessas áreas protegidas, que representam um avanço na esfera ambiental:

Os argumentos são sempre os mesmos: o governo não realizou os estudos técnicos que a lei exige ou, se realizou, foram estudos incompletos ou ineptos; não foi realizado um processo de consulta ou, se foi, não foi suficientemente abrangente (não foram feitas audiências em todas as cidades abrangidas pela proposta, não houve prazo suficiente para os interessados se prepararem para a reunião, os estudos não foram disponibilizados em tempo e para todos os interessados, não foram formalmente convidados todos os setores relevantes). O governo tem vencido sistematicamente todas as ações desse tipo, mas elas dificultam e atrasam os processos, sobretudo quando o juiz expede uma liminar suspendendo a tramitação do processo de criação. (MERCADANTE, 2010, *online*).

Portanto, como já mencionado, a Lei do SNUC, hoje representa um relevante progresso em relação à criação e preservação de áreas protegidas, pois mesmo apresentando problemas, a sua eficácia interessa a todos que além de almejam um meio ecologicamente

equilibrado, preocupam-se com o biossistema das futuras gerações.

#### **4 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA LEI 9.985/00 NOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Ao longo do tempo, observou-se um número crescente de legislações que versam sobre matéria ambiental. Esse aumento se deu, principalmente, após a Constituição Federal de 1988, que dedicou capítulo específico ao meio ambiente.

Dentre as inúmeras normas ambientais, destaca-se a Lei 9.985, de 18 de julho de 2000. A sua promulgação possui como fito a regulamentação do artigo 225, § 10, incisos I, II, III e VII da Carta Magna.

Através da lei foi instituído o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, estabelecendo mecanismo para criação, implantação e gestão das Unidades de Conservação.<sup>11</sup>

As Unidades de Conservação dividem-se em dois grupos: Unidade de Proteção Integral e Unidade de Uso Sustentável (MACHADO, 2013 p. 970).

O grupo das Unidades de Proteção Integral é composto pelas categorias de Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio de Vida Silvestre, já as Unidades de Uso Sustentável são compostas pela Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural.

A criação das unidades, em regra, será realizada através de consulta pública, com a exceção da Estação Ecológica e da Reserva Biológica (MACHADO, 2013 p. 973).

Neste sentido, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no

---

<sup>11</sup> Art. 2º, inciso I da lei 9.985/00 “unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.”

Mandado de Segurança nº 25347 DF de 2010, Relator Ayres Brito, em que a impetrante – Associação dos Agricultores da Colônia Fernando Velasco impugnou ato do Presidente da República, consubstanciado no decreto de 17 de fevereiro, de 2005, que criou a Estação Ecológica da Terra do Meio.

Na defesa, o impetrado alegou, em sede preliminar, a ilegitimidade ativa do impetrante, o qual foi negado, tendo em vista a legitimidade da Associação que está prevista na Constituição Federal. No mérito, alegou que houve consulta pública, bem como estudos prévios e detalhados; também, informou que foram observadas todas as formalidades previstas em lei.

Ao final, conclui o STF pela denegação do Mandado de Segurança, sob a justificativa de que não há desrespeito ao contraditório e ampla defesa, tendo em vista a realização de estudos técnicos e consultas às populações diretamente interessadas, antes da criação da estação ecológica. A decisão, ainda, ressaltou a faculdade do requisito consulta pública, quando se trata de criação de estação ecológica ou reserva biológica.<sup>12</sup>

Também é requisito para criação, a elaboração de estudos técnicos, sendo o seu objetivo a localização, a dimensão e os seus limites mais adequados (MACHADO, 2013 p. 973).

Estes procedimentos sempre serão pautados pelos princípios da administração pública, com ênfase nos do interesse público, da motivação e da publicidade, sendo possível o manejo de ações judiciais no caso de inobservância dos mesmos (MACHADO, 2013 p. 973).

Estabelece o artigo 22, caput da Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000, que a criação de Unidades de Conservação deve se dar por meio de ato do Poder Administrativo. Todavia, o entendimento de que a criação de Unidades de Conservação, por meio de ato unilateral do Poder Executivo, vem sendo criticada, sob a justificativa de violação

---

12 Art. 22, § 4º da lei 9985 de julho de 2000 “Na criação de Estação Ecológica ou Reserva Biológica não é obrigatória a consulta de que trata o § 2º deste artigo”.

do art. 225 § 1º, II da Constituição Federal, tendo em vista a norma exigir ato do Poder Público para criação (ARAÚJO, 2006 p. 2).

Contudo, prevalece o entendimento de que não se exige ato legal para criação das Unidades de Conservação, pois não há previsão constitucional deste requisito, assim sendo dispensável (ARAÚJO, 2006 p. 3).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.800 – MS, Relator Ministro Maurício Corrêa, em que a impetrante Sra. Adelaide Acácia Leite Vieira e outros impugnaram ato do Presidente da República, consubstanciados no Decreto 2000, que criou o Parque Nacional da Serra da Bodoquena, no Estado do Mato Grosso do Sul.

Em sede de defesa, alegou a autoridade impetrada que o ato ora atacado estava nos moldes previstos em lei, haja vista a previa elaboração de estudos técnicos e a realização de consulta às comunidades interessadas. O STF, no julgado, entendeu pela constitucionalidade do Decreto de 21 de setembro, de 2000. Portanto, o atual entendimento da Suprema Corte é pela possibilidade de criação de espaços territoriais protegidos através de ato do Poder Executivo, desde que observados os requisitos da consulta pública e do estudo técnico.

No que se refere à alteração das Unidades de Conservação, por meio de desafetação ou redução dos limites de uma Unidade de Conservação, nos termos do artigo 22, 7º da Lei 9985/00, essa só poderá ser feita mediante lei específica (MACHADO, 2013 p. 974). No mesmo sentido, o artigo 225, III, § 1º da Constituição Federal:

**Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

**§ 1º** Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

**III** – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente



protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

O termo desafetação diz respeito ao fim que está sendo utilizado o bem público. Para José dos Santos Carvalho Filho, a desafetação pode ser conceituada como “fato administrativo pelo qual um bem público é desativado, deixando de servir a finalidade pública anterior” (CARVALHO FILHO, 2015 p. 1191).

Em relação à redução dos limites de uma Unidade de Conservação, a Constituição Federal refere-se ao mesmo como “supressão” da unidade de conservação, portanto, sendo o termo considerado mais abrangente (MACHADO, 2013 p. 974).

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1362456 MS, Relator Mauro Campbell Marques, em que o Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul decidiu recorrer do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, em favor do recorrido, Darci Vieira de Barros.

Na origem, trata-se de ação civil pública ambiental interposta pelo recorrente em face da parte ora recorrida “cujo objeto é a ilegalidade da supressão da área de preservação permanente em face da construção de imóvel na margem do Rio Ivinhema/MS.”

Nas contrarrazões do recurso especial, o recorrido alegou, em sede preliminar, a perda do objeto em razão da revogação do código florestal, bem como a conexão com outro processo. No mérito, alegou a necessidade de autorização do órgão ambiental competente, para haver a supressão de flora nativa, bem como a taxatividade das hipóteses de supressão das Unidades de Conservação.

Ao final, o STJ conheceu o recurso especial e manteve o entendimento no sentido de que quando se trata de área de preservação permanente, “a sua supressão deve respeitar as hipóteses autorizadas taxativamente previstas em lei, tendo em vista a magnitude

dos interesses envolvidos de proteção do meio ambiente". Com o mesmo entendimento manifestado pelo STF na ADI nº 3.540/DF e pelo próprio STJ na RESp 176.753/SC.

Verifica-se um grande número de jurisprudência sobre uma matéria que possui legislação própria e que poderia ser decidida administrativamente, não sendo necessária a intervenção judiciária. Todavia, não é o que ocorre atualmente, haja vista as inúmeras decisões que são proferidas pelos Tribunais Superiores.

Contudo, observa-se que há uma inoperância do Poder Executivo, no que se refere à observância das leis, assim tornando-se necessário e recorrente a intervenção do Judiciário, para que haja uma efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

## **5 CONCLUSÃO**

A Constituição Federal é bem clara ao estabelecer que um ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, no entanto, impõe ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art.225).

O sistema normativo nacional é vasto o suficiente para satisfazer a imposição feita pela Carta Magna, contudo, falta-lhe eficácia. Assim, hodiernamente é frequente a propositura de demandas relacionadas com as questões ambientais, ou seja, é comum essa judicialização em busca da efetivação do direito a um ambiente que proporcione uma sadia qualidade de vida.

A Lei nº 9.985/2000 representa uma das várias legislações que demonstra essa exigência constitucional, abordando ações preventivas, repressivas e reparatórias que zelam pelos direitos difusos e coletivos. Todavia, carece de aplicabilidade efetiva, necessitando de decisões judiciais para concretizar o que já está normatizado. É uma lei que visa a proteger e conservar os diversos ecossistemas do território nacional, sendo considerada de suma importância

para o sistema normativo, pois busca garantir um meio ambiente equilibrado e preservado.

Por conseguinte, a referida lei criada para regulamentar as Unidades de Conservação, caracteriza-se pelo seu empenho em promover a convivência em um biosistema equilibrado, demonstrando, também, que isso não depende apenas do poder público, mas de toda sociedade consciente na prática do desenvolvimento sustentável.

Com a análise da jurisprudência brasileira, em especial, relacionada à lei que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC (Lei 9.985/2000), é confirmada a intervenção do Poder Judiciário na execução das normas ambientais, o que muitas vezes, por conta da morosidade, problema que assola a esfera judicial, pode prejudicar ainda mais a área, espécie ou direito que se pretende proteger.

Nesse contexto, percebe-se que a atuação do Judiciário surge em decorrência do estabelecido pela Constituição Federal em querer proporcionar a todos o direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Dessa forma, a efetivação da Lei 9.985/2000 é de grande importância para concretizar o instituído na Carta Constitucional, pois tem como objetivo principal a proteção do meio ambiente incentivando o desenvolvimento sustentável, a fim de que as futuras gerações tenham acesso aos recursos ofertados pela natureza.

Por fim, frisa-se que o fenômeno da judicialização acabou acarretando uma sobrecarga nos tribunais brasileiros. Dessa maneira, tornando – se inviável a efetivação dos direitos e garantias constitucionais, pois o Judiciário Pátrio não possui estrutura suficiente para solucionar todas as controvérsias que lhe são demandadas.

**THE JUDICIALIZATION OF ENVIRONMENTAL  
ISSUES AND ITS IMPACTS OF ECOLOGICALLY  
BALANCED ENVIRONMENT: A LAW ENFORCEMENT  
CASE STUDY N° 9.985/2000**

**ABSTRACT**

*After the enactment of the 1988 Federal Constitution, which established a separate chapter to address environmental issues, issues related to environmental law have received increasing attention of patriotic legislators. Regarding the application of the rules of this branch of law, however, it is still below the level of execution of the same. Thus, in view of the urgency today of environmental protection, there is also an increasing judicialization of these issues, with the transfer of the executive branch to the judiciary's responsibility to ensure the implementation of environmental protection. Considering the various laws that have been prepared on environmental law, there is the 9985 Law of 18 July 2000, which established the National Nature Conservation Areas System. It was established to regulate the article 225, § 1, items I, II, III and VII of the Charter. Its highlight is from big impact on case law of the Brazilian courts. It is, of course example, standard that its effectiveness has been guaranteed by the judicial intervention on environmental public policies promoted by the Executive Branch. The main objective of this work is to conduct a study on the legal effects of this judicial means seeking to ensure the implementation of existing environmental standards. It was concluded that the legalization of environmental issues is something quite common today, as can be seen from the various decisions in higher courts of the seat relating to the implementation of Law No. 9.985 / 2000. Finally, the fact that there was the need for judicial intervention in the issue of protection, given the urgency regarding environmental protection, however, and there is a clear direct interference of a power on the other, causing a certain imbalance among them, the legalization*

*growing of a number of rights, such as environmental rights, has promoted a greater burden on the judiciary, thus jeopardizing the effectiveness of judicial decisions.*

**Key-words:** *Environment. Judicialization. Law nº 9.985/2000.*

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coêlho. Aspectos constitucionais acerca das unidades de conservação. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 11, n.23, janeiro-junho de 2006; **Revista Virtual da AGU**, Brasília, a. 6, n. 49, fev. 2006. Disponível em: <[http://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs\\_pdf/biblioteca/artigos\\_periodicos/RodrigoVasconcelos\\_CoelhodeAraujo/AspectosconstitucionaisRevAGUn.492006.pdf](http://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/RodrigoVasconcelos_CoelhodeAraujo/AspectosconstitucionaisRevAGUn.492006.pdf)>. Acesso em: 11 de jun. de 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn**) **thesis**, v. 5, n. 1, p 23-32, janeiro-junho de 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 14 de jun. de 2016.

BERNARDO, Cristianne. **A eficácia da lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – lei nº 9985/2000**: O caso do Parque nacional da Serra dos órgãos. Niterói; maio de 2004. Disponível em: <<http://www.uff.br/cienciaambiental/dissertacoes/CBSilva.pdf>>. Acesso em 24 de jun. de 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto promulgado em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12651-25-maio-2012-613076-publicacaooriginal136199-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12651-25-maio-2012-613076-publicacaooriginal136199-pl.html)>. Acesso em: 20 de mai. de 2016.

BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Disponível em: <<http://www>>.

planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/L9985.htm>. Acesso em: 11 junho. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 25.347. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609510>>. Acesso em: 25 de jul. de 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 09.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALSAVARA. Elayne; PAMPLONA. Daniella. **A constitucionalização do direito, a judicialização e o ativismo judicial**: o papel do judiciário nas sociedades democráticas. In. Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito. 2014. João Pessoa. Anais Eletrônicos. João Pessoa: CONPENDI, 2014. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a6bb9d920e681155>>. Acesso em: 26 de mai. de 2016.

CARVALHO FILO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARENA, Duciran Van Marsen. Aspectos polêmicos acerca da criação e implantação de unidades de conservação. **Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, 24/25 (jul./dez.), p. 123-150.

FURTADA, Silvia de Melo. Unidades de conservação. Disponível em: <<https://uc.socioambiental.org>> Acesso em 10 de mai. de 2016.

JÚNIOR, R. M. **Judicialização da saúde e políticas públicas**: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS. 2015. 370f. Tese (Doutorado em ciências) – Faculdade de medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

JUSBASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1362456 MS 2013/0007693-0. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23887768/recurso-especial-resp-1362456-ms-2013-0007693-0-stj/inteiro-teor-23887769>>. Acesso em: 26 de junho de 2016.

JUSBASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar no mandado de segu-

rança nº 23800 MS. Disponível em:< <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14821815/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-23800-ms-stf>>. Acesso em: 26 de jun. de 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MERCADANTE, Maurício. **Depoimento**: avanços e retrocessos pós SNUC. Disponível em<<https://uc.socioambiental.org/o-snuc/depoimento-a-elabora%C3%A7%C3%A3o-do-snuc>> Acesso em 10 de mai. de 2016.

MOURA, Marcelo de Souza. **A judicialização das relações sociais no Brasil do século XXI**: aspectos práticos da democratização do acesso à justiça e ao direito. **RJurFA7**, Fortaleza, v. 13, n.1, p. 69-83, janeiro-junho de 2016. Disponível em: <<http://www.fa7.edu.br/periodicos/index.php/revista-juridica/article/view/41>>. Acesso em: 20 de jun. de 2016.

PASSARINHO, Jarbas. Vinte anos de democracia. **Revista USP**, São Paulo, n. 65 p. 18-21, março-maio de 2005. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13406/15224>>. Acesso em: 14 de jun. de 2016.

PRIMOR RIBAS, Giovanna Paola; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A responsabilidade do Poder Judiciário na proteção do meio ambiente cultural**: o caso da Cervejaria Adriática. *Pensar*. Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 647-674, set./dez. 2014.





# Liberdade Viglada: Reflexões Sobre o Monitoramento Eletrônico no Brasil<sup>1</sup>

*Leo Junqueira Ribeiro de Alvarenga<sup>2</sup>*

## RESUMO

Este artigo busca fazer a análise da juridicidade e eficácia do uso do monitoramento eletrônico em substituição à prisão como forma de cumprimento de pena ou medida cautelar, da axiologia do Código Penal, Código de Processo Penal e das Leis n. 7.210/84 e 12.258/2010 frente à doutrina, jurisprudência e às experiências de detentos e apenados que usam ou usaram os aparelhos hoje à disposição, observando seus pontos fortes e fracos. Como base metodológica do trabalho foram utilizados estudos já realizados sobre o tema, dados estatísticos da SEJUS no Estado do Ceará e outras pesquisas similares feitas em localidades distintas. Ao final, analisa o futuro das penas em regime não prisional e necessidade de modernização da legislação concomitante ao avanço tecnológico, concluindo que a efetiva ressocialização constitui o aspecto que mais merece preocupação no âmbito da prisão e da execução penal.

**Palavras-chave:** *Monitoramento Eletrônico. Eficácia. Ressocialização.*

---

<sup>1</sup> Data de recebimento: 18/05/2017. Data de aceite: 02/06/2017.

<sup>2</sup> Membro do Ministério Público do estado do Ceará. Graduado em Direito pela Universidade Braz Cubas (Mogi das Cruzes, SP). Pós-graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado do Ceará. Palestrante nas áreas de infância e juventude, cidadania, combate à corrupção, criminalidade e procedimentos investigativos do Ministério Público. E-mail: leo.alvarenga@mpce.mp.br

## 1 INTRODUÇÃO

Há tempos o sistema punitivo e prisional brasileiro recebe as mais variadas críticas. Não é por menos. Noticiários apresentam diariamente incidentes trágicos que ocorrem atrás das grades. Pessoas que cometeram crimes são amontoadas em parques e insalubres espaços, ferindo princípios básicos de direitos humanos. A Lei de Execução Penal, que estabelece tanto critérios para a acomodação de presos, como objetivos a serem alcançados durante o encarceramento, sobretudo a ressocialização, é visivelmente descumprida.

O Brasil é o quarto país que mais se encarcera no mundo, perdendo para Estados Unidos, China e Rússia. Sem adentrar no tema da punição, pressupõe-se que quando indivíduos são submetidos a situações degradantes, tendem a apresentar natural sentimento de revolta, invertendo o próprio objetivo penal da instituição prisional de readequação posterior à vida social.

A necessidade atual de reflexão sobre a função ressocializadora da prisão torna-se, portanto, inseparável das evidências do fenômeno da reincidência penal e da eficácia de dispositivos alternativos capazes de enfrentar a crise da carceragem. Trata-se de questão complexa que já foi objeto de análise de muitos estudiosos, considerando-se a historicidade do problema. Foucault (1987) já atestava que,

As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta. (FOUCAULT, 1987).

A pena privativa de liberdade, que deveria ser cumprida em uma, duas ou três etapas (regime aberto, semiaberto ou fechado) acaba transformando os seus destinatários em “peritos”, ou “pós-graduados” no cometimento de crimes. O cárcere abre um espaço para o aperfeiçoamento da criminalidade, forçando o convívio de pessoas

de experiências variadas em violações penais. Trata-se de ambiente que, além de permitir a circulação de informação, propicia articulações criminosas, instituindo a entrada definitiva de integrantes que reforçam a existência de uma espécie de “Estado paralelo”. Sabe-se que atualmente as facções criminosas tomam conta da maioria dos presídios, além de ordenarem ações que se propagam, para fora das prisões, em diferentes redes e facções.

Nesta toada, visto que não se efetivou a Lei n. 7.210/84<sup>3</sup> durante os seus mais de trinta anos de vigência, urge meditar sobre soluções alternativas ao cárcere, de forma a buscar a ressocialização, muitas vezes acima do próprio caráter retributivo da pena.

Com o avanço da tecnologia e a possibilidade de se detectar precisamente a localização de objetos via GPS, surgiu o instituto do monitoramento eletrônico, efetivado hoje através de um aparelho colocado no tornozelo do apenado que limita seu direito de liberdade, estabelecendo-se lugares e horários onde ele deve necessariamente estar em substituição à permanência no cárcere.

Se por um lado há elogios a este sistema, justamente pela separação de presos conforme os delitos que praticaram e o respeito a suas individualidades, por outro, existem críticas severas. Opiniões provenientes de diferentes âmbitos afirmam que o Estado, não reconhecendo a sua incompetência no assunto, busca cada vez mais libertar criminosos com o único objetivo de esvaziar cadeias, trocando a segurança social pelo lucro ou diminuição de prejuízo financeiro. Outras percepções, mais humanistas, pensam que o equipamento tolhe inconstitucionalmente a liberdade do sujeito, causando-lhe um constrangimento despido de propósito.

## **2 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL - EFICÁCIA?**

Normas internacionais, como da Organização das Nações Unidas, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, as Regras de

---

<sup>3</sup> Lei de Execução Penal

Tóquio, o Pacto de São José da Costa Rica e diversas outras, além da própria legislação brasileira, garantem direitos mínimos ao recluso que não são respeitados no Brasil.

Dispõe a Lei n. 7.210/84, formalmente uma das mais modernas do mundo, e que conta com mais de trinta anos de vigência, que a execução penal tem por objetivo propiciar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (art. 1º). A Lei continua afirmando que os condenados devem ser classificados conforme seus antecedentes e personalidade para orientar a individualização da execução de sua pena (art. 6º). As instalações devem ser higiênicas e a alimentação minimamente digna (art. 12). Os presos devem ter acesso educacional e profissional (art. 17), assistência religiosa (art. 24), social (art. 25), acesso ao trabalho com finalidade educativa e produtiva (art. 28). Ainda o artigo 41 garante diversos outros direitos ao preso, tudo no afã de ressocializá-lo, protegendo não somente ele, mas a própria sociedade, da sua presumida periculosidade. O que está preconizado na Lei é de tal modo oposto à realidade, que o dito assemelha-se a uma ironia se comparado às efetivas condições encontradas nos presídios, tal como se vê no artigo 88 que determina: “O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.”

Os ideais buscados, por não terem sido alcançados, colocam à baila a discussão sobre o conceito da ressocialização, finalidade atribuída à prisão moderna e base da concepção da própria Lei de Execução Penal. Em outras palavras, é de conhecimento público que a pena privativa de liberdade no Brasil fracassa quanto aos seus objetivos maiores: retribuição, prevenção e principalmente, ressocialização<sup>4</sup>, o que demonstra a necessidade constante de adaptação.

Se a ressocialização remete a um momento posterior, é importante ressaltar o tema da prevenção já evocada por Darcy Ribeiro,

---

<sup>4</sup> A teoria mista da pena busca a unificação dos pontos mais importantes das teorias retributivas ou preventivas, eis que isoladamente não conseguem solucionar os problemas sociais, garantindo a proteção dos direitos dos cidadãos.

em 1982 (dois anos antes da Lei de Execução Penal). O antropólogo e educador profetizou a problemática em uma conferência: “Se os governadores não construírem escolas, em 20 anos faltará dinheiro para construir presídios”<sup>5</sup>. O Estudioso sempre afirmou coerentemente que a educação elimina a marginalidade.

Questiona-se, ainda, a real eficácia da prisão, seja ela como for, para se alcançar a ressocialização do indivíduo. Segundo Alessandro Baratta<sup>6</sup>, a prisão, conforme se apresenta é totalmente incapaz de atingir tal objetivo. Por esta linha de raciocínio, alardeada por renomados criminalistas, devem-se buscar, sempre que possível, alternativas ao encarceramento, para o bem do criminoso e de toda a sociedade.

Os recursos públicos destinados à educação, no entanto, não receberam o necessário investimento. Como consequência, hoje se gasta mais para manter o preso no cárcere do que para manter um aluno em sala de aula. A Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lúcia faz uma análise de tais custos: “Um preso no Brasil custa R\$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil por ano. Alguma coisa está errada na nossa Pátria amada”.<sup>7</sup>

E mais, retira-se também, quase que por completo, o gasto com a reeducação, descumprindo-se cabalmente os princípios e objetivos da LEP. O IPEA<sup>8</sup> identificou a existência de 80,3% de reincidência criminal entre indivíduos não alfabetizados.<sup>9</sup>

---

5 [http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/01/15/interna\\_politica,839547/educacao-e-o-caminho-para-reduzir-a-criminalidade.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/01/15/interna_politica,839547/educacao-e-o-caminho-para-reduzir-a-criminalidade.shtml) - texto retirado em 17/02/2017

6 Cf. BARATTA, Alessandro. Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. 1990. Disponível em: [http://www.juareztares.com/textos/baratta\\_resocializacao.pdf](http://www.juareztares.com/textos/baratta_resocializacao.pdf). Acesso em 20/03/2017.

7 Essa constatação foi feita no 4º Encontro do Pacto Integrador de Segurança Pública Interestadual e da 64ª Reunião do Colégio Nacional de Secretários de Segurança Pública (Conseps), em Goiânia (GO), em 10/11/2016. Fonte: <http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/264922/C%C3%A1lculo-irmen-L%C3%B3gica-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-Brasil.htm>. Texto retirado em 17/02/2017

8 Fundação Pública vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, o Ipea fornece suporte técnico e institucional às ações governamentais – possibilitando a formulação de inúmeras políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiro – e disponibiliza, para a sociedade, pesquisas e estudos realizados por seus técnicos.

9 Cf. [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611\\_relatorio\\_reincidencia\\_criminal.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf). pag. 25. Acesso em: 20 mar. 2017.

O resultado dessa ineficiência posta em diferentes momentos, que vão desde o processo de detecção do problema até sua possível resolução, promove um verdadeiro prejuízo para toda a sociedade, extensivo a diferentes atores implicados direta e indiretamente nas ações criminosas.

Se regime penal fechado não é eficaz, também não o são os demais. Não são raros os casos de fugas de apenados submetidos à prisão domiciliar, evasão daqueles sujeitos aos regimes aberto ou semiaberto, evasão de beneficiados por indultos etc. Penas restritivas de direitos também não são ou são mal vigiadas. O Estado não dispõe de mecanismos que lhe permita fiscalizar as restrições, influenciando, portanto, a sua desobediência.

Todos os fatores referentes à dificuldade de controle provocam descrença no sistema e atestam o fracasso da Lei n. 7.210/84.

### **3 A LEI DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO**

O Monitoramento eletrônico foi desenvolvido nos anos 1960 pelos irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel, nos Estados Unidos da América, representando uma alternativa barata à custódia de pessoas envolvidas criminalmente com a Justiça. O aparelho tinha uma bateria e um transmissor capaz de emitir sinal a um receptor e foi testado pela primeira vez em 1964, com dezesseis jovens reincidentes<sup>10</sup>. O primeiro Juiz a se valer do equipamento foi Jack Love, do Estado do Novo México. Mas somente em 1983, após ter realizado durante três semanas, testes em si mesmo, o Magistrado determinou o monitoramento de cinco delinquentes na cidade de Albuquerque. Nasceu naquele momento, a primeira empresa a produzir tecnologia de monitoramento e acompanhamento dos aparelhos<sup>11</sup>.

---

10 Cf. Electronic Monitoring. Disponível em: <http://www.johnhoward.ab.ca/pub/A3.Htm>. Acesso em: outubro 2010; GRECO, 2010.

11 Cf. Monitoramento eletrônico: uma efetiva alternativa à prisão?. Disponível em <https://neemias-prudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942848/monitoramento-eletronico-uma-efetiva-alternativa-a-prisao>. Acesso em: fev. 2017.

O sistema ganhou adeptos no mundo inteiro e hoje vem sendo utilizado em diversos países, como Canadá, Inglaterra, França, Escócia, Reino Unido, Singapura, Israel, Taiwan, África do Sul, Portugal, Alemanha, Japão etc., além, claro, do Brasil. Neste, os Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Pernambuco foram os primeiros a aprovarem por lei o seu uso, em 2008. Rio de Janeiro deu seu aval em 2009. A matéria foi federalizada no ano de 2010.

A Lei n. 12.258/2010 alterou o Código Penal e a Lei de Execução Penal, possibilitando a fiscalização do preso fora da cadeia, por meio de monitoração eletrônica em duas hipóteses: 1. Quando houver a saída temporária no regime semiaberto; e 2. No caso de prisão domiciliar (LEP, art. 146-B).

É sabido que o regime semiaberto é aquele em que o condenado trabalha durante o dia, em tese em colônia agrícola, industrial ou similar, e se recolhe ao cárcere no período noturno e dias de folga (CP, art. 33, § 1º, “b”). Este tem direito a algumas saídas em casos específicos, como visita à família, frequência a cursos e em atividades que promovam o retorno pacífico ao convívio social (art. 122, da Lei n. 7.210/83).

Já o regime de prisão domiciliar pode ser aplicado ao indiciado ou acusado em que o sujeito somente pode sair de casa com expressa autorização judicial (CPP, art. 317). Ela é cabível em substituição à prisão preventiva, quando o acusado tiver mais de oitenta anos; estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave; for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência; para a gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou quando esta for de alto risco (CPP, art. 318).

Como se vê, as hipóteses de utilização do aparelho são restritas. A Lei poderia ter previsto outras situações, permitindo a prisão domiciliar ou a limitação da liberdade, a critério do juiz da execução penal ou mesmo da instrução processual, fundamentadamente, no afã de evitar a reincidência em crimes não violentos, salvo no caso

de tráfico de drogas<sup>12</sup>. Aliás, alguns crimes violentos, como ameaça e lesões leves em situação de violência doméstica, deveriam também ser legalmente passíveis de fiscalização eletrônica, possibilitando de forma muito mais eficiente do que meras advertências em audiências, restrições de aproximação das vítimas.

Não obstante, o Projeto da Lei do Monitoramento Eletrônico previa a sua adoção no regime aberto, penas restritivas de direito, livramento condicional e na suspensão da pena. O texto, no entanto, foi vetado segundo argumento de que:

A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso. (mensagem nº 310, de 15 de junho de 2010, da Presidência da República).

Não parece existir razão ao veto. Como já foi mencionado, esta ferramenta tecnológica pode servir até como uma modalidade diversificada de pena, ou um suporte auxiliar aos regimes já impostos. Ao contrário dos argumentos apresentados, a sistemática brasileira da fiscalização do cumprimento das penas é pouco eficiente, feita por agentes públicos que não têm acesso à informação sobre as limitações impostas. Por exemplo, no regime aberto, a obrigação de se recolher em casa a partir de um horário determinado não é controlada e pouco é fiscalizada.

---

<sup>12</sup> Os crimes relacionados ao tráfico de drogas recomendam o encarceramento. Em primeiro lugar, se até mesmo de dentro de presídios, traficantes conseguem chefiar e articular ações criminosas, o que se dirá de dentro de casa, ou simplesmente com a limitação dos seus movimentos nas ruas. Segundo a já mencionada pesquisa feita pelo IPEA, os presos por tráfico afirmam, em sua grande maioria, que voltarão a delinquir, eis que trabalhando licitamente nunca receberão salários nem aproximados ao que ganham exercendo tal atividade delituosa.



Ante a falta de agentes públicos em número suficiente e a falta de informação eficaz, não é difícil perceber as falhas e transgressões às limitações impostas ao sujeito.

Percebe-se que, em uma análise de poucos fundamentos jurídicos, o Poder Executivo entendeu que a modernização da fiscalização através de uma Lei estaria blindada pela própria Lei. Tudo se passa como se o “direito” de não ser bem fiscalizado fosse uma cláusula pétrea legal, gerando uma interpretação esdrúxula do Direito. O instrumento eletrônico, visto em si mesmo, perde assim a condição de suporte da vigilância somente percebida em sua eficácia a partir da condição de carceragem.

O que parece é que o Poder Executivo teve como referência somente o aumento dos custos com a execução penal, situação que traria um acréscimo financeiro em relação a pessoas que já estão fora do sistema carcerário. Este argumento, no entanto, não convence, pois, a partir da aprovação do texto, buscar-se iam alternativas para a sua implementação, o que poderia ser feito de maneira periódica e de acordo com o orçamento público, estabelecendo-se, inclusive, escalas de prioridades. A ideia do monitoramento não é só a de eliminar custos do Estado, mas de efetivamente se buscar a ressocialização gradativa, a partir da conscientização de uma pena que, se bem administrada, poderia ser uma alternativa ao cárcere.

#### **4 A JURISPRUDÊNCIA SOBRE A UTILIZAÇÃO DE TORNOZELEIRA ELETRÔNICA EM CASOS NÃO EXPRESSAMENTE PREVISTOS EM LEI**

Não obstante as poucas hipóteses previstas na legislação brasileira, a jurisprudência tem admitido a fiscalização eletrônica em substituição ao cárcere por reiteradas vezes, por exemplo, caso inexistir vaga em estabelecimento público necessária para o cumprimento prisional a que esteja submetido o acusado, inclusive no

regime fechado. Confira-se algumas hipóteses:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 33 (TRINTA E TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, PELOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 157, § 3º, PARTE 1, (ROUBO MAJORADO PELO RESULTADO LESÃO CORPORAL) E ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, (ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS). AMBOS DO CP. PLEITEIA DEFENSIVAMENTE A PRISÃO DOMICILIAR, DIANTE DO EFETIVO CONSTRANGIMENTO ILEGAL SOFRIDO PELO PACIENTE DECORRENTE DO SEU ESTADO CLÍNICO DEBILITADO, AGRAVADO PELA FALTA DE ASSISTÊNCIA MÉDICA NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. POSSIBILIDADE. INFORMAÇÕES SUPERVENIENTE AO PARECER TRAZEM ELEMENTOS SUFICIENTES QUE DEMONSTRAM QUE O QUADRO CLÍNICO DO PACIENTE É GRAVE E QUE O ESTABELECIMENTO PRISIONAL NÃO POSSUI ESTRUTURA MÉDICA PARA PRESTAR A DEVIDA ASSISTÊNCIA. RISCO IMINENTE DE MORTE. CASO DE EXCEPCIONALIDADE. (...) a jurisprudência pátria tem admitido, em situações excepcionais, o deferimento do benefício de prisão domiciliar aos condenados em regime fechado, desde que preencha os requisitos do art. 318 do Código de Processo Penal – que trata de prisão domiciliar aos presos provisórios –, mas aplicado por analogia de acordo com o caso concreto, como, por exemplo, situações de presos definitivos portadores de enfermidades graves; desde que reste cabalmente demonstrado, nos autos, a impossibilidade de efetiva assistência médica no Estabelecimento Prisional em que estão cumprindo pena. Precedentes do STJ. III - Com efeito, o relatório fornecido pelo médico responsável pelo Estabelecimento Penal (transcrito no bojo do voto) informa que o paciente corre risco iminente de morte, em virtude do presídio não possuir estrutura adequada para o tratamento do estado de saúde do mesmo. Salientando ainda que em situação de risco não há sequer equipamentos adequados e disponíveis para socorrê-lo, nem transporte próprio para transferi-lo em caso de emergência, por se tratar de unidade de saúde básica, o que acarreta grave risco à saúde e à vida do Paciente. IV ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, PARA DETERMINAR A IMEDIATA TRANSFERÊNCIA DO PACIENTE PARA PRISÃO DOMICILIAR. DEVENDO O MM. JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAS ORDENAR A COLOCAÇÃO DE TORNOZELEIRA ELETRÔNICA NO APENADO, ESTABELECENDO AS REGRAS PARA O SEU MONITORAMENTO. ALÉM DE REQUERER RELATÓRIOS

MÉDICOS PERIODICAMENTE PARA ACOMPANHAR A EVOLUÇÃO DO QUADRO CLÍNICO DO CONDENADO, E, CASO HAJA ALGUMA ALTERAÇÃO NO SEU "STATUS QUO" OU OCORRAM AS MELHORIAS NECESSÁRIAS NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL QUE ASSEGURE A PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA ADEQUADA AO CASO CLÍNICO DO INDIGITADO, QUE SEJA PROCEDIDA A REGRESSÃO DE REGIME. (Classe: Habeas Corpus, Número do Processo: 0027007-30.2015.8.05.0000, Relator (a): Jefferson Alves de Assis, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Publicado em: 10/05/2016 )

(TJ-BA - HC: 00270073020158050000, Relator: Jefferson Alves de Assis, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Data de Publicação: 10/05/2016).

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO. PRISÃO DOMICILIAR. MONITORAMENTO ELETRÔNICO. POSSIBILIDADE. Os Tribunais Superiores já firmaram entendimento no sentido da possibilidade de concessão da prisão domiciliar para casos não previstos no artigo 117 da LEP, entendendo que o rol do citado dispositivo não é taxativo. Assim, tendo em vista as garantias constitucionais outorgadas aos apenados, consagradas no artigo 5º da Constituição Federal, mostra-se impositivo o reconhecimento de que o recolhimento do apenado a regime mais gravoso do que o fixado em sentença ou concedido através da progressão de regime, configura flagrante ilegalidade, ferindo a dignidade da pessoa humana daqueles inseridos no sistema carcerário brasileiro. Outrossim, importa destacar o recente julgamento do RE nº 641.320/RS, o qual deu origem à Súmula Vinculante nº 56 (pendente de publicação), que ratifica a necessidade de concessão da prisão domiciliar mediante monitoramento eletrônico quando ausente vaga em estabelecimento penal compatível com o regime fixado. Portanto, adequada a decisão que permitiu ao agravado o cumprimento da pena em prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico caso não encontre vaga em estabelecimento adequado. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70070742150, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 28/09/2016).

(TJ-RS - AGV: 70070742150 RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Data de Julgamento: 28/09/2016, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/10/2016).

A Súmula Vinculante mencionada no aresto supra tem o seguinte texto:

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

O RE 641.320-RS assim foi julgado:

(...) 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como 'colônia agrícola, industrial' (regime semiaberto) ou 'casa de albergado ou estabelecimento adequado' (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas "b" e "c"). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. **Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas;** (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. (RE 641320, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 11.5.2016, DJe de 8.8.2016). Grifos nossos.

Observa-se, portanto, que o Poder Judiciário, no seu mister constitucional de interpretar e aplicar adequadamente a Lei, e considerando cada caso concreto, vem admitindo a aplicação do monitoramento eletrônico a situações não expressamente previstas. É interessante perceber que o maior argumento para a sua concessão, além da necessidade urgente para tratamento de saúde refere-se também à inexistência de vagas no regime semiaberto ou aberto. Evoca-se aqui, mais uma vez, o ensinamento de Darcy Ribeiro sobre a falta de condições adequadas (leia-se, vagas) para cumprir a pena no

regime prisional imposto e os custos que poderiam ser investidos na educação como medida preventiva.

## **5 REINCIDÊNCIA NO BRASIL**

Segundo a já mencionada pesquisa feita pelo IPEA (relatório entregue em janeiro de 2015), entre 1974 e 1976, o número de reincidentes no Brasil era de 46,03%; no Rio de Janeiro, em 1988, de aproximadamente 30,7%; em 1991, no Brasil, 29,34%; em 1994, 34%; 2001 em São Paulo, 50%. A pesquisa concluiu que a taxa média de reincidência no Brasil é de 24,4%. Foram estudados os sistemas carcerários de cinco estados da Federação: Paraná, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Alagoas e Pernambuco.

Todos esses percentuais, utilizados em diversos estudos diferentes, segundo critérios também distintos, são maiores do que o publicado pelo G1<sup>13</sup>, em pesquisa feita em 2016, a qual afirma que 17% dos condenados que usaram tornozeleira eletrônica voltaram a ser encarcerados.

Os números não são definitivos e, considerando que o sistema ainda está em fase de aprimoramento e desenvolvimento, há a necessidade da atualização constante do banco de dados do Poder Judiciário em todo o território nacional para, em um futuro próximo, ser possível comprovar (ou não) a eficiência desse novo conceito de alternativa ao cárcere no que toca à reincidência.

## **6 ALGUNS REGISTROS ESTATÍSTICOS**

No Estado do Ceará, segundo dados estatísticos da SEJUS – Secretaria de Justiça do Estado, 258 pessoas usaram o equipamento entre os anos de 2012 e 2013; 301 em 2014; 646 em 2015; 1138 em 2016 e em 2017 já passaram pelo sistema mais de 1450 usuários.

---

13 Cf. <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2015/08/cresce-numero-de-crimes-cometidos-por-presos-com-tornozeleiras-em-mt.html>. Acesso em: 03 mar. 2017.

Desses números, 81% envolveram prisões domiciliares; 16% de trabalho externo e 3% de afastamentos de vítimas de violência doméstica.

Das decisões cumpridas no período 2015 - 2017, 8,7% foram capturados por cometerem outros crimes e 0,3% por violar as regras do benefício. Os números atestam a positividade potencial da medida.

Outro estudo feito recentemente pelo Núcleo de Pesquisa de Direito Penal e Criminologia da UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul apresentou resultados promissores. A pesquisa acompanhou durante um ano 476 homens e 92 mulheres monitorados eletronicamente pela SUSEP – Superintendência do Sistema Penitenciário – registrou baixo índice de reincidência criminal para os que tiveram como regime inicial fechado (6%) e 3% para os que tiveram regime inicial semiaberto. Concluiu a investigação que a tornozeleira é eficaz, constituindo uma ferramenta que, embora precise ser aperfeiçoada, já mostra resultados relevantes.<sup>14</sup>

Esses dados estatísticos não mostram de forma conclusiva a relação entre o uso do equipamento e a reincidência quando comparados ao sistema tradicional. A pesquisa sobre a eficiência do monitoramento eletrônico deve unir não somente a taxa de reincidência, mas inúmeros outros dados, como a personalidade do agente, a sua eventual reincidência anterior à inauguração do sistema, condições sociais etc.

Outros estudos também provenientes de outras áreas das ciências humanas certamente contribuirão, tanto para incrementar o banco de informações, como dar subsídios para aperfeiçoar as políticas públicas voltadas para o controle da criminalidade.

---

<sup>14</sup> Cf. <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2017/05/estudo-da-ufrgs-aponta-que-uso-de-tornozeleira-eletronica-e-mais-barato-e-eficaz-do-que-a-prisao-fechada-9793521.html>. Acesso em 10 jun. 2017.

## 7 A EFICÁCIA DO MONITORAMENTO SEGUNDO OS USUÁRIOS

Embora existam outros sistemas desenvolvidos e em desenvolvimento, no Brasil a fiscalização no monitoramento eletrônico é feita através de uma tornozeleira, colocada na perna do egresso, alimentada por uma bateria recarregável, como um celular comum, que emite sinais sonoros ao usuário quando descumpre as limitações impostas e alertas via GSM ao controlador.

No que tange ao encarceramento, sem dúvida o monitoramento eletrônico representa uma forma menos onerosa de controle para o Poder Público. Assim também em relação à construção e manutenção de estabelecimentos prisionais. Com um custo aproximadamente 8 (oito) vezes mais baixo do que ter uma pessoa no cárcere<sup>15</sup>, hoje mais de 19.000 (dezenove mil) pessoas, segundo notícia publicada no O Globo em 04/07/2016<sup>16</sup>, usam o equipamento.

No entanto, essa alternativa tecnológica<sup>17</sup>, assim como o encarceramento, produz transgressões. Não é difícil encontrar na *internet* matérias, vídeos explicativos e artigos sobre como se retirar uma tornozeleira sem que a ação seja detectada, bem como a demonstração de diversas falhas na fiscalização. No *site* [www.g1.com](http://www.g1.com) há uma reportagem datada de 31/08/2015<sup>18</sup>, na qual condenados que usavam o aparelho comentaram a sua ineficácia. Confira-se o trecho de um depoimento: *“No papel, quando você sai [da prisão], dizem que se você passar do horário ou deixar descarregar ou eles te ligam ou vão na sua*

---

15 <http://exame.abril.com.br/brasil/custo-de-tornozeleira-e-8-vezes-menor-que-ter-reu-na-cadeia/>. Acesso em 20 mar. 2017.

16 <http://oglobo.globo.com/brasil/uso-de-tornozeleiras-eletronicas-dispara-mercado-cresce-qua-se-300-19637514>. Acesso em: 20 mar. 2017.

17 Empresas norte-americanas e europeias têm tecnologia eficiente para garantir a viabilidade técnica do uso do aparelho. A eficácia e a confiabilidade do sistema estão intimamente relacionadas à tradição e operatividade do desenvolvimento tecnológico. Empresas brasileiras buscam aperfeiçoar um equipamento inteiramente nacional e, pode-se dizer, ainda são insuficientes na aplicação de know-how.

18 <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2015/08/cresce-numero-de-crimes-cometidos-por-presos-com-tornozeleiras-em-mt.html>. Acesso em: 03 mar. 2017.

*casa no outro dia para te buscar, mas até hoje nunca fizeram nada disso comigo*". Outro usuário conta que tira facilmente o aparelho e o coloca até em cachorros, para registrar o batimento cardíaco. Em Cuiabá-MT, foi investigada uma quadrilha na qual quatro, dos quinze integrantes foram presos enquanto utilizavam tornozeleira eletrônica. Um deles afirmou que embora burlasse constantemente as determinações do Juiz, jamais recebeu qualquer advertência. As informações presentes nessas falas levam à conclusão de que nem os serviços estão sendo prestados obedecendo-se o princípio administrativo da eficiência, nem o Estado está sendo diligente na fiscalização da sua execução.

O problema que se instala é, portanto, a descrença do próprio apenado na sua punição.

## **8 REFLEXÕES SOBRE AS VANTAGENS DO SISTEMA FACE ÀS CRÍTICAS**

Vozes contrárias ao sistema do monitoramento eletrônico argumentam a suposta inconstitucionalidade em retirar o respeito à intimidade e, por consequência, a própria dignidade da pessoa humana. Ressaltam, ainda, outros pontos: aumento na severidade dos sistemas não prisionais; incapacidade de reduzir a superpopulação prisional, a própria reincidência e, finalmente, dificuldades de operacionalização.

Cesar Barros Leal, refletindo sobre o tema, pontua com maestria:

Não faz sentido rejeitar os novos artificios eletrônicos sob o pretexto de que correspondem a um mero discurso legitimador do poder sem conhecer a tecnologia com profundidade (muitas pessoas são refratárias a qualquer mudança, surdas ao clamor da modernidade e incapazes de apresentar uma agenda de propostas alternadas) e de certo modo, com esta postura, o que sim fazem é prestigiar o cárcere e condenar o direito penal à estagnação. (LEAL, 2011, p. 119)

Os defensores do sistema do monitoramento, por sua vez, como o mestre mencionado, cansados com os malefícios da clausura e



ávidos em encontrar saídas para o obscuro subterrâneo da justiça penal, demonstram a sua viabilidade, sem fechar os olhos para o fato de que o aperfeiçoamento é necessário.

As discussões acerca da eficácia do sistema são amplas e não se restringem à situação brasileira. Albuquerque<sup>19</sup>, baseando-se em informações sobre o assunto em diferentes países, na mesma perspectiva argumentativa de Cesar Barros Leal, registra aplicações mais extensas ou restritas desse sistema que devem ter como principais preocupações a diminuição da reincidência e o potencial de ressocialização dos usuários.

Expõe-se a seguir alguns dos argumentos mais importantes sobre o tema:

1. O monitoramento eletrônico é oferecido e não imposto. Participam da sua execução o Ministério Público, o Defensor, o Juiz e, claro, o seu futuro usuário, que recebe informações pormenorizadas, verbalmente e por escrito, sobre o sistema, seus deveres e consequências da violação. O seu beneficiário (e pode assim mesmo ser chamado) tem a possibilidade de trocar o contágio criminal resultante da vida entre as grades, pela convivência familiar. O risco de reincidência tende a diminuir. O encarceramento impõe muito mais risco à dignidade da pessoa humana do que a sua casa, na medida em que na prisão tais direitos são vulnerados de forma contínua e brutal, sob a indiferença da sociedade.

2. A segurança pública também é aumentada, pois o Estado não consegue vigiar de modo permanente e opta por um sistema de amostragem. O monitoramento, ao contrário, permite que pessoas, seja por sua potencialidade danosa acima de um mínimo comum, seja por estar sofrendo um castigo proporcional a um mal causado, tenham que ser acompanhadas durante 24 horas por dia, exigindo-se a sua completa submissão a esse sistema de reeducação.

---

19 Cf. ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado. 2013.

3. Não se pode negar que hoje vivemos monitorados. Não nos abalamos por isso. É algo inerente à própria evolução do processo de modernização. Câmeras de vigilância, drones, GPS e GSM, aplicativos de celular e suas câmeras superpotentes etc. já estão naturalizados ao ponto de não deixamos de dormir, passear, nos divertir por conta desse tipo de tecnologia. Ao contrário, dela tiramos proveito todos os dias, sem detrimento das intempéries quanto à restrição da intimidade.

4. Os custos do monitoramento, além de serem menores do que os do encarceramento, ou mesmo dos gastos necessários para ampliar o número de agentes públicos importantes ao acompanhamento eficiente daqueles que cumprem penas ou medidas limitadoras, tendem a diminuir. É algo natural na tecnologia. Em alguns países, como Bélgica, Estados Unidos e Suécia, os custos são frequentemente assumidos pelos próprios infratores, partindo-se do princípio da inexistência de uma situação de pobreza tal que inviabilize a sua própria existência (pobreza jurídica).

5. Se os seres humanos não necessitassem de vigilância para garantir o cumprimento de seus deveres, estaríamos num nível tal de evolução que sequer precisaríamos do Poder Judiciário, da Polícia, do Ministério Público. O argumento de que o sistema traz um gravame a outros já existentes (liberdade provisória, prisão domiciliar, regime aberto etc.) ignora uma realidade preocupante: o simulacro punitivo atual constitui uma verdadeira ameaça à sociedade, vitimizando, sobretudo, os que tentam ter atitudes mais corretas e respeitadas, sob os convencionais conceitos de certo e errado. Sob esta ótica, não seria o monitoramento caro, mas sim os sistemas não prisionais, ineficientes e defasados.

## **9 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pena supõe castigo. Apesar da aparente banalidade dessa afirmação, é preciso entender que, sob pena de se instalar um caos babilônico, ela é necessária para a manutenção do controle social.

O ser humano evita praticar delitos basicamente porque não quer ser castigado, supondo-se que o controle é externo, mas também interno. Essa é a questão tratada por Foucault (1978) quando analisa a gradativa substituição da regulação externa, violenta e publicizada, pela internalização da proibição indutora do sentimento pessoal de interdição. Se atualmente o castigo é utilizado, desde a infância, como regulador social, as instituições educadoras visam tratar o problema das transgressões evitando as situações de manifestação mais radical.

Desde o século XVIII, vem se abandonando no mundo o castigo corporal e os impasses do sistema punitivo, substituindo as agressões físicas pela privação ou restrição da liberdade e/ou bens. O atual sistema brasileiro traz a punição tanto restritiva de liberdade como constrictiva de direitos. A sistemática hoje utilizada não é eficiente na prática como o é na lei. A evolução tecnológica visa melhorar a vida do homem e, nesse caminho, surge uma nova possibilidade de punição e controle até então não prevista: o monitoramento eletrônico.

Se por um lado a realidade prisional atual consegue no máximo retirar da sociedade um condenado, protegendo-a temporariamente do potencial agressor, de outro lado, não se pode olvidar que o sistema carcerário encontra-se perigosamente fragilizado, longe de conseguir atingir o objetivo da ressocialização ou reintegração. A prisão não se apresenta como o melhor castigo para diversas situações que a prevêem.

O Espírito da Lei pauta-se na recuperação do criminoso, para o seu próprio bem e para o bem de todos. No entanto, devem sempre ser pensadas soluções para a sua efetivação, e a tecnologia pode e deve sempre ser tida como aliada a esse objetivo. Nessa caminhada, o uso do monitoramento eletrônico pode ser uma das soluções viáveis para evitar vários problemas decorrentes do encarceramento e, ao mesmo tempo, uma possível punição a tipos de crimes que a admitam. Tudo, claro, atrelado a políticas públicas multissetoriais que busquem evitar a delinquência e, ao mesmo tempo, permitir o retorno pacífico de quem errou e já foi punido, ou em outras palavras, já quitou sua dívida social.

A discussão sobre o seu uso tem que ser aprimorada constantemente, permitindo-o para crimes que o recomendem, considerando-se situações peculiares, a critério do Juiz da causa, que deve justificar cada permissão, conforme já o faz em relação à prisão cautelar.

Sobre o questionamento quanto à sua eficácia, no entanto, não há ainda respostas definitivas, haja vista que o programa ainda carece de aprimoramento. Soluções tecnológicas devem ser viáveis e eficientes, a fim de que não incidam nas mesmas mazelas dos institutos legalmente previstos há mais de trinta anos.

Mas, por mais que sejam reconhecidas as suas falhas, a fiscalização monitorada eletronicamente pode ser vista com mais atenção e simpatia, ante os seus inegáveis benefícios, tais como a manutenção de laços familiares, o afastamento do convívio com presos mais perigosos, evitando-se diálogos incentivadores de retorno à delinquência, reduzindo-se, assim, os efeitos criminológicos da própria pena. Trata-se tanto de um melhor aproveitamento da tecnologia como de uma mudança de mentalidade.

As dificuldades e os erros são continuamente avaliados e sanados. É sob os mesmos princípios da história do próprio Direito penal e de uma rota de avanços e retrocessos que devem ser buscadas alternativas para os persistentes dramas da pena e da cadeia, cujos malefícios devem ser refletidos não somente do ponto de vista do apenado, mas das suas consequências para toda a sociedade.

Não se pode confiar sem o risco de errar que a vigilância eletrônica terá um grande impacto na redução das cifras de aprisionamento e diminuição da superpopulação carcerária. Ressalta-se nessa reflexão a necessidade da evolução do Estado em diversos setores tais como oferta de estudo de qualidade e trabalho, saúde e segurança comunitária, fazendo com que a vigilância eletrônica constitua, de fato, uma ferramenta evolutiva a mais na incessante busca pelo bem comum.

## **SUPERVISED RELEASE: REFLECTIONS ON ELECTRONIC MONITORING IN BRAZIL**

### **ABSTRACT**

*This article aims to analyze the legality and effectiveness in the utilization of, electronic monitoring as a substitute for imprisonment. Moreover, as a form of compliance with a penalty or a precautionary measure, established by the axiological analysis of the Criminal Code, Criminal Procedure Code and Laws n. 7.210 / 84 and 12.258 / 2010 against doctrine, jurisprudence. In addition to the experiences of detainees and prisoners who currently use or have used the devices available today, as well as its strengths and weaknesses. As a methodological basis of the study, we used previous studies on the subject, statistical data from SEJUS in the State of Ceará and other similar surveys from different locations. In the end, this article analyzes the future of non-prison sentences and the need to modernize legislation concomitant with technological advances, and concludes that effective resocialization is the most important aspect of prison and criminal execution.*

**Keywords:** *Electronic Monitoring. Efficiency. Resocialization.*

### **REFERÊNCIAS**

ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. Monitoramento eletrônico da privação da liberdade no direito comparado, **Revista Faculdade de Direito**, vol. 34, n. 1, p. 241-270, jan./jun. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena. In: BITTAR, Walter. **A criminologia no século XXI. Rio de Janeiro:** Lumen Juris & BCCRIM, 2007.

Custo de tornezeleira é 8 vezes menor do que ter réu na cadeia. Disponível em:

<http://exame.abril.com.br/brasil/custo-de-tornozeleira-e-8-vezes-menor-que-ter-reu-na-cadeia/>. Acesso em: 20 mar. de 2017.

Electronic Monitoring. Disponível em: <http://www.johnhoward.ab.ca/pub/A3.Htm>>. Acesso em: outubro 2010; GRECO, 2010.

Especialistas dizem que Darcy Ribeiro estava certo: educação é o caminho certo para reduzir a criminalidade. Disponível em: [http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/01/15/interna\\_politica,839547/educacao-e-o-caminho-para-reduzir-a-criminalidade.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/01/15/interna_politica,839547/educacao-e-o-caminho-para-reduzir-a-criminalidade.shtml) - texto retirado em: 17 fev. 2017.

FOUCAULT, Miguel. **Vigiar e punir. História da violência nas prisões.** Petrópolis: Vozes, 1987. Disponível em: [http://escolanomade.org/wpcontent/downloads/foucault\\_vigiar\\_punir.pdf](http://escolanomade.org/wpcontent/downloads/foucault_vigiar_punir.pdf). Acesso em: 21 mar. 2017.

G1. Presos burlam sistema e colocam tornozeleira eletrônica até em gatos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2015/08/cresce-numero-de-crimes-cometidos-por-presos-com-tornozeleiras-em-mt.html>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

IPEA. Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611\\_relatorio\\_reincidencia\\_criminal.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf)>. Acesso em: 20 de mar. 2017.

LEAL, César Barros. **Vigilância eletrônica à distância. Instrumento de Controle e Alternativa à Prisão na América Latina.** Curitiba: Juruá, 2011.

Monitoramento eletrônico: uma efetiva alternativa à prisão? Disponível em: <https://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942848/monitoramento-eletronico-uma-efetiva-alternativa-a-prisao>. Acesso em: fev. 2017.

NEUMAN, Elías. **El Estado Penal Y la Prisión-Muerte.** Buenos Aires: Universidade, 2001, p. 91, citado por César Barros Leal.

Reincidência Criminal no Brasil. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/>

portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611\_relatorio\_reincidencia\_criminal.pdf. pag. 25.. BARATTA, Alessandro. Acesso em: 20 mar. 2017

Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. 1990. Disponível em: Ressocialização ou controle social. Disponível em: [http://www.juareztavares.com/textos/baratta\\_res-socializacao.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/baratta_res-socializacao.pdf). Acesso em: 20 mar. 2017.

Uso de tornezeleiras eletrônicas dispara no mercado quase 300. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/uso-de-tornezeleiras-eletronicas-dispara-mercado-cresce-quase-300-19637514>. Acesso em: 20 mar. 2017.

<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2017/05/estudo-da-ufrgs-aponta-que-uso-de-tornezeleira-eletronica-e-mais-barato-e-eficaz-do-que-a-prisao-fechada-9793521.html>. Acesso em: 10 jun. 2017.





# Investigação Criminal, Sistema Acusatório e Ministério Público: Semelhanças e Diferenças Entre os Códigos de Processo Penal Português e Brasileiro<sup>1</sup>

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira<sup>2</sup>

## RESUMO

Este artigo aborda os Códigos de Processo Penal português e brasileiro segundo uma metodologia comparativa. Analisa os seus modelos de investigação criminal e de atribuição de funções do Ministério Público. Aponta semelhanças e diferenças entre esses modelos num contexto de estrutura acusatória do processo penal. Avalia as modificações propostas no anteprojeto de Código de Processo Penal brasileiro. Sugere a necessidade de conhecer melhor o Ministério Público português.

**Palavras-chave:** *Modelos de Sistema Acusatório. Regime de Produção. Elementos de Prova. Código de Processo Penal Brasileiro.*

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo de direito comparado já não desfruta do mesmo prestígio de outrora. Entretanto, não se pode desprezar o aproveitamento dos saberes produzidos por esse método de interpretação, por alguns

---

<sup>1</sup> Data de recebimento: 18/05/2017. Data de aceite: 02/06/2017.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça no MPCE – Ministério Público do Estado do Ceará, Professor na ESMP – Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará, e na DeVry FANOR – Faculdades Nordeste, ambas em Fortaleza, Brasil, e Doutorando em Direito, na área de Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Coimbra. E-mail: marcusamorim@mpce.mp.br

considerada verdadeira ciência, cuja abordagem contextualizada de problemas comuns a vários sistemas jurídicos, além de útil nas investigações históricas referentes à ciência do direito, pode contribuir para a descoberta de soluções de interesse geral. A experiência comunitária de países europeus, e mesmo com menor engajamento, também sul-americanos, e que apresentam uma tendência de aprofundamento, interrompida, é bem verdade, por alguns retrocessos, vem propiciando o resgate desse método de abordagem do direito positivado como uma interessante estratégia de alinhamento com a moderna dinâmica das relações globais. Em matéria de política criminal, a contínua mutabilidade das organizações criminosas e a porosidade de suas ações delituosas, como tal entendida a facilidade de travessia das fronteiras nacionais, acarretando, assim, dificuldades de aplicação da norma penal, e a cada vez mais frequente intercomunicabilidade de sujeitos e condutas, não apenas recomenda, preferimos dizer, até exige a utilização das ferramentas teóricas do direito comparado para a descoberta de caminhos seguros e proveitosos para a permuta de experiências e compartilhamento de desafios envolvendo as agências nacionais do sistema de justiça criminal.

Neste trabalho, buscamos apontar alguns tópicos de relevo, tanto no sentido de uma aproximação como de distanciamento, entre os sistemas processuais penais português e brasileiro, sob uma perspectiva a partir da posição ocupada pelo Ministério Público em duas de suas funções mais significativas e ao mesmo tempo tradicionais nos tempos que correm: a investigação criminal e a acusação oficial no processo criminal.

Em certa medida, as mais importantes diferenças entre as legislações processuais penais portuguesa e brasileira resultam da trajetória histórico-política que algumas instituições, como o Judiciário, as polícias e o Ministério Público, percorreram ao longo do tempo. Nesse aspecto, no último quarto do século pretérito, as duas nações, cada um a seu modo, trilharam caminhos que estavam orientados

no sentido de democratização das instituições estatais e culminaram com o restabelecimento de regimes democráticos. Entretanto, enquanto o vigente Código de Processo Penal brasileiro surgiu em 1941, e portanto, veio a lume num período em que o país vivia sob um regime autoritário, o seu correspondente português foi promulgado em 1987, já sob o manto da Constituição da República Portuguesa, de 1976, um verdadeiro pilar, no plano jurídico, do estado de coisas que se consolidou após a Revolução dos Cravos.

O Código de Processo Penal brasileiro revelou-se inspirado, naquilo que toca a sua estrutura fundamental, no similar italiano do regime fascista, e por isso, desde seu nascedouro possuía viés marcadamente autoritário, pouco ou em nada afeito à proteção de direitos fundamentais, quer do acusado, quer do ofendido. A intervenção punitiva do Estado, notadamente no que tocava à produção de prova, tinha suas ações concentradas na figura do juiz. O Ministério Público, apesar de titular da ação penal pública, estava restrito à função de acusador oficial. Registre-se que a criminalidade, àquela época, tinha características bem diversas. O Brasil era um país rural, ainda com baixos índices de crimes violentos. O combate à criminalidade organizada e a repressão de crimes virtuais ainda não haviam entrado na pauta de debates.

Todo esforço de codificação se destina à sistematização das normas sobre determinada matéria, a fim de conferir maior rigor lógico e facilitar a aplicação da lei. Em 1941, o Código de Processo Penal brasileiro vinha substituir a legislação do Império, cujo Código datava de 1832. A mesma mudança de cenário político que se desenhou naqueles tempos também se configurou algumas décadas mais tarde. Depois de um breve período de vida democrática e a reincidência em regime autoritário, desta feita, pelas mãos das forças armadas, a nação brasileira vivenciou uma transição mais tranquila para a democracia, e que teve na Constituição de 1988 um de seus momentos mais marcantes. Todavia, os operadores jurídicos ainda

se veem na contingência de lidar com o mesmo Código de Processo Penal e sua ideologia retrógrada. Apesar do esforço interpretativo para adaptar o texto do antigo Código ao novo regime constitucional, que transformou a proteção dos direitos fundamentais em escudo e elegeu a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como missão, há evidentes limites do sistema legal que impedem, no âmbito do processo penal, a concretização plena do modelo de intervenção do Estado em matéria criminal projetado pelos princípios e normas constitucionais. As sucessivas leis extravagantes ou de alteração do texto original do Código se mostraram uma tentativa, muitas vezes com resultados não mais do que parciais, de atualização do ordenamento processual penal e de reformulação do antigo Código. E o excesso de legislação às margens do Código, com o decorrer dos anos, fez esvanecer a força sistematizadora que preenche a alma de um texto único.

Em Portugal, o surgimento do atual Código de Processo Penal, em 1987, deu-se em contexto absolutamente diverso. O país já vivia sob a tutela de uma nova Constituição, de 1976. O mesmo esforço de codificação que motivou a ação do legislador brasileiro na década de 1940 aqui impulsionou o parlamentar português. Nesse cenário, o vigente Código de Processo Penal português vem marcado pelas cores de um garantismo penal mais realista, num panorama de criminalidade difusa.

No ambiente de uma comunidade de países europeus, o Código português buscou incorporar novas ideias de instrumentalização da persecução penal e modelos de organização funcional do aparelho repressivo do Estado, presentes nos ordenamentos dos países comunitários com os quais Portugal mantém relação mais próxima, adaptando-os todos, porém, às tradições locais. Seu objetivo está concentrado no oferecimento de uma legislação capaz de fazer frente às feições atuais de uma criminalidade cada vez mais transnacional e sofisticada. Esta, aliás, uma deficiência do Código brasileiro,

haja vista as profundas mudanças socioeconômicas que o Brasil e o mundo atravessaram nestes últimos setenta anos e que justificam a elaboração de um anteprojeto de um novo Código, a ser salientado no derradeiro capítulo deste ensaio.

A despeito do largo hiato temporal entre os dois Códigos de Processo Penal, e a inversão genealógica entre os Códigos e as respectivas Constituições, de se ver que, em maior ou menor grau, os ordenamento processuais penais, na atualidade, em ambos os países, devem ser compreendidos como um reflexo dos valores ligados ao Estado de direito democrático e de um regime de garantias de direitos fundamentais, e por conseguinte, a interpretação de suas normas há de ser condizente com o arcabouço constitucional que lhes dá morada. Os dois países se acham atualmente ao abrigo de Constituições democráticas, mas o Código de Processo Penal brasileiro tem carga genética autoritária. Isso exige dos aplicadores um esforço hermenêutico quase hercúleo para tentar compatibilizar a vetusta norma processual com os valores e princípios constitucionais contemporâneos, dentro dos limites semânticos da norma legal, uma dificuldade que se percebe de menor vulto no direito português. Como lembra CANOTILHO:

na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'atualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência. (CANOTILHO, 1993, p.230).

Trata-se da aplicação do princípio hermenêutico-constitucional da interpretação da lei em conformidade com a constituição, decorrente da força normativa do texto constitucional. Entretanto, esse esforço, no Brasil, já tem perdido fôlego. O Código de Processo Penal brasileiro já foi explorado em tudo aquilo que sua estrutura normativa

podia proporcionar, tanto que tramita no Congresso Nacional um anteprojeto de Código de Processo Penal.

Nessa direção, a Constituição da República Portuguesa – CRP consagra que “o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso”, e ainda, que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa” (art.32º, n.º1 e 2, CRP). Por seu turno, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos - CEDH, de 1950, estabelece que

qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela (art.6º, n.º1, CEDH, 1950).

De igual maneira, a Constituição da República Federativa do Brasil – CF/88 assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art.5º, LIV, CRFB). O processo penal moderno é, afinal, uma matriz de respeito à dignidade da pessoa humana quando tal pessoa é submetida à ação do aparelho repressivo do Estado, na atividade de aplicação da sanção penal.

## **2 MODELOS DE SISTEMA ACUSATÓRIO**

A busca por um modelo ideal de organização do sistema de justiça criminal, capaz de assegurar um julgamento justo àquele que o Estado aponta como infrator da lei penal, traz consigo a formulação de uma estrutura de persecução que permita uma separação de atribuições tanto mais nítida quanto possível entre os órgãos incumbidos da função de julgar e de acusar. Para FERRAJOLI:

precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal sistema procesal que concibe al juez como un

sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa de un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. (FERRAJOLI, 1995, p.564).

Nesse segmento de ingerência do Estado na vida dos cidadãos, Brasil e Portugal construíram suas próprias histórias, mas, ainda assim, com diversos capítulos em comum. Se, no Brasil, a Carta Magna não faz referência direta a um modelo de sistema acusatório, e por isso, a doutrina jurídica vem se esforçando desde sempre em identificar suas características no bojo das competências constitucionais dos atores do aparelho de justiça, a Constituição da República Portuguesa, por sua vez, estabelece as linhas gerais do sistema, ao prescrever que "*o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*" (art.32º, n.º5, CRP). Obviamente, o mandamento constitucional se fez valer na confecção do texto do Código português, mas isso não significa que o texto português tenha se igualado a um padrão universal de modelo acusatório, pois que isto não existe. A legislação portuguesa, como vem dito na exposição de motivos do Código,

procurou temperar o empenho na maximização da acusatoriedade com um princípio de investigação oficial, válido tanto para efeito de acusação como de julgamento; o que representa, além do mais, uma sintonia com a nossa tradição jurídico-processual penal. (CPPP, Exposição de Motivos).

Eis a explicação para as diferenças no tratamento conferido pelas legislações de países como Portugal e Brasil aos mesmos institutos jurídicos. E sem descurar da tradição que cada país possui no *modus faciendi* da justiça criminal é que o estudo de direito comparado, ressaltamos, permite um melhor enquadramento dos problemas práticos

e a produção de soluções por intermédio da experiência estrangeira.

As arquiteturas dos Códigos de Processo Penal brasileiro e português se distanciam, basicamente, em razão do papel conferido aos agentes do sistema de justiça criminal na conformação do desenho de um modelo acusatório particular, e a definição desse conjunto de atribuições vai orientar o alinhavar de toda a tessitura da legislação, desde a estrutura dos ritos procedimentais até a produção de elementos de prova. Decerto, um procedimento será tanto mais simplificado quanto desnecessária, à vista da natureza do crime ou de outros requisitos, a atuação do órgão de acusação, e ao mesmo tempo, menores as dificuldades do julgador para conhecer a causa em profundidade bastante para oferecer-lhe condições de entregar uma prestação jurisdicional correta e justa. Sob o mesmo influxo, a intervenção do juiz na produção de prova será mais tímida ou contundente a depender do papel que ele desempenha no processo criminal, isto é, a proximidade que a lei lhe permite ter da tarefa de produção de prova. Neste tópico, abordaremos a feição, a partir da Constituição, do Ministério Público e do juiz dentro de cada sistema acusatório. O conjunto de desdobramentos dessas diferentes conjunturas na atividade de produção de prova será alvo de nossa atenção logo a seguir.

Com a Constituição de 1988, o Ministério Público brasileiro adquiriu estatura institucional nunca antes alcançada, vindo a ser retirado da condição de simples auxiliar da atividade jurisdicional. O legislador constituinte atribuiu a este órgão a missão de protagonista da nova experiência democrática e de soldado dos direitos fundamentais do cidadão, dando-se-lhe importante papel na almejada construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I, CRFB). O Ministério Público passou a ser tido como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art.127, *caput*, CRFB). Embora um órgão do Estado,



a atuação do Ministério Público está direcionada para a tutela dos interesses maiores da sociedade, reconhecidos no núcleo valorativo da Constituição. Tem como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e, com destaque, a independência funcional (art.127, §1º, CRFB). Por força deste último, a atuação do membro do Ministério Público no plano jurídico-processual está livre das amarras da obediência hierárquica. O dever do representante do Ministério Público consiste em permanecer comprometido com a lei, aqui entendida em seu sentido mais amplo, e portanto, inclui as normas oriundas das instâncias internas da própria instituição. Mas isso não implica dizer que a ação empreendida em qualquer âmbito, processual ou extraprocessual, não esteja passível de algum mecanismo de controle. Todavia, tal controle se dá pelas vias normais da lei, através de recursos ou outros meios de impugnação judicial, sem prejuízo da responsabilização direta do agente ministerial pela prática de algum ilícito. De qualquer modo, em nenhuma hipótese o membro do Ministério Público brasileiro pode estar sujeito a alguma ordem superior no sentido de adotar tal ou qual decisão que refira ao exercício das funções institucionais. O membro do Ministério Público desfruta as mesmas garantias e privilégios legais do juiz, porém, pertence a um órgão com organograma e carreira em separado do Judiciário.

Além de dispor de autonomia administrativa e financeira (art.127, §§2º a 6º, CRFB), o Ministério Público brasileiro, como reflexo do evidente propósito de instrumentalizar o desempenho de seu papel constitucional, possui diversas atribuições, nos mais variados segmentos da ciência jurídica. Em matéria penal e processual penal, merecem destaque: (a) promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (b) expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, nos termos da lei complementar respectiva; (c) exercer o controle externo da atividade policial, também na forma de lei complementar; (d) requisitar diligências investigatórias e a

instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; e ainda, numa redação bastante generalizante, exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada, outrossim, a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art.129, I, VI, VII, VIII e IX, CRFB).

A Constituição portuguesa, por seu turno, coloca para o Ministério Público a competência de

representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como [...] participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática (art.219º, n.º1, CRP).

O Ministério Público representa o Estado, muito embora com funções variadas, tanto quanto o Judiciário, e também por isso, tem-se a organização das carreiras como uma única magistratura. Os membros do Ministério Público português *“são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei”* (art.219º, n.º4, CRP). Reflexo de tal subordinação hierárquica é o poder do Ministro da Justiça consistente em *“requisitar, por intermédio do Procurador-Geral da República, a qualquer magistrado ou agente do Ministério Público relatórios e informações de serviço”* ou *“solicitar ao Procurador-Geral da República inspecções, sindicâncias e inquéritos, designadamente aos órgãos de polícia criminal”* (art.80, alíneas “c” e “e”, Lei n.º47/1986). No entanto, para amenizar tão forte vinculação, *“os magistrados do Ministério Público devem recusar o cumprimento de directivas, ordens e instruções ilegais e podem recusá-lo com fundamento em grave violação da sua consciência jurídica”* (art.79, n.º2, Lei n.º47/1986). Difícil, imagina-se, seria encontrar fundamento jurídico suficientemente sólido para justificar uma recusa à obediência hierárquica. No Brasil, a ligação do Ministério Público ao Executivo, no

plano estritamente normativo, subsiste tão somente na nomeação do chefe da instituição, feita pelo Presidente da República ou Governador de Estado, conforme o caso, a partir de uma lista tríplice formada em eleição direta entre os membros do Ministério Público.

A opção do constituinte português quanto à colocação do Ministério Público tem implicações em sua atuação na persecução penal. Em muitos países, antes de proceder a dedução da pretensão punitiva em juízo, o órgão acusatório busca informações sobre a prática de um delito em algum trabalho investigatório. No Brasil, o inquérito é um procedimento administrativo dirigido pela polícia judiciária (civil, nos Estados, ou federal, pela União), um conjunto de órgãos administrativamente vinculados ao Executivo. Não comporta contraditório, isto é, o investigado vem tratado apenas objeto da investigação. Todavia, o indiciado, juntamente com o ofendido, pode requerer diligências, cuja efetuação permanece ao alvitre da autoridade policial (art.20, CPPB). Em Portugal, tem-se situação semelhante. Note-se, como lembra CARVALHO, que

a fase do inquérito tem manifestações, ainda que tênues, do princípio do contraditório, das quais se destaca a faculdade que o arguido e o assistente têm de intervir nessa fase processual oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhes afigurarem necessárias (art.61º, n.º1, al. G. e 69º, n.º2, al. A) (CARVALHO, 2010, p.18).

A justificativa para essa interferência é a prevalência do interesse maior do desvelamento da verdade.

Nos termos da legislação brasileira, a autoridade policial responsável pela condução das investigações conta com uma larga margem de discricionariedade para definir as suas etapas e efetuar as diligências que entender convenientes para a elucidação dos fatos, visando a descoberta de evidências da existência do crime e de indícios de sua autoria. Além disso, tem obrigação de preservar o sigilo da investigação e não pode dispor dos autos do inquérito. Em qualquer hipótese,

o resultado da investigação deve ser encaminhado ao titular da ação penal – Ministério Público ou ofendido, conforme o caso. De suma importância, trata-se de um procedimento investigatório que, apesar de configurar o modelo padrão de atuação de órgãos do Estado para dar início à persecução penal, não constitui uma via exclusiva de investigação criminal. Há algum tempo a doutrina e os tribunais brasileiros aceitam a investigação criminal procedida diretamente por outras instituições, aí incluído o próprio Ministério Público.

No tocante ao inquérito policial, compete ao Ministério Público exercer o controle externo da atividade das polícias, com o objetivo de fiscalizar a legalidade dos atos investigatórios e zelar pela eficiência da atividade policial. Entretanto, não existe uma subordinação funcional direta das polícias ao Ministério Público. Diante do desagrado de um trabalho investigativo feito pela polícia, resta ao membro do Ministério Público tão somente requisitar novas diligências no âmbito do inquérito policial – ou então, proceder a uma investigação criminal direta. A exceção tem revelado que este vem sendo um ponto de atrito envolvendo as duas instituições.

Na legislação processual penal portuguesa, o inquérito já é uma fase processual, antecedente à instrução, se houver. Neste ponto, outra distinção de magna importância se faz revelar: o Ministério Público, porque componente da carreira da magistratura, é o órgão com competência para dirigir o inquérito (art.53, n.º2, alínea “b” e art.263, n.º1, CPPP). Os órgãos de polícia criminal até possuem atribuição, em caráter cautelar, para colher, por iniciativa própria, notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, podendo chegar a deter pessoas, para além de praticar os atos necessários e urgentes para assegurar os meios de prova (art.55º, n.2, c/c arts.249º, 251º, 252º e 252º-A, CPPP). O controle da investigação criminal, na fase do inquérito, a residir no órgão do Ministério Público é uma das notas características mais relevantes do sistema acusatório português (art.56 e art.263, n.º2, CPPP). Em contrapartida, essa atribuição traz

consigo a necessidade de que o Ministério Público esteja adequadamente aparelhado para cumprir seu papel, dirigindo efetivamente, se não todos, a maior parte dos inquéritos existentes, sob pena de desvirtuação do sistema. Nos dizeres de SOUTO DE MOURA (2008, p.144), o exagero à faculdade de delegação de diligências, chegando a um ponto em que os órgãos de polícia criminal passem a encarar a presença do Ministério Público como uma excrescência, é um risco. Com efeito, são variados os atos que o Ministério Público português pode realizar no inquérito, todos eles destinados ao atingimento da finalidade desta etapa processual, a saber, a investigação da existência de um crime, a determinação de seus agentes e sua responsabilidade e a descoberta e coleta de provas, a fim de que possa decidir sobre a acusação (art.262º, n.º1, CPPP). Alguns atos investigatórios, excepcionalmente, são direcionados pela lei ao juiz de instrução, por força da imperiosa necessidade de garantia de direitos fundamentais (art.269º, CPPP), e aos órgãos de polícia criminal, por delegação do próprio Ministério Público (art.270º, CPPP).

Em consequência à inclusão do inquérito como etapa processual, destaca-se, dentre as pessoas investigadas, a figura do arguido. O arguido é aquele contra quem há uma pretensão punitiva em juízo. A situação jurídica de arguido se configura já durante o inquérito, desde que o Ministério Público esteja convencido de que existe fundada suspeita de que uma pessoa tenha praticado o crime. Nesse cenário, o Ministério Público há de proceder a interrogatório do investigado na condição de arguido, e para tanto, deve, em regra, comunicar-lhe a realização do ato com antecedência de vinte e quatro horas (art.270, n.º1 e 2, e art.58º, alínea “a”, CPPP). O arguido, definitivamente, é um sujeito processual num processo que, todavia, não têm partes. Em situação diferente, o suspeito é *“toda a pessoa relativamente a qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”* (art.1º, alínea “e”, CPPP). Na lição de PINTO DE ALBUQUERQUE (2011, p.178), *“é um*

*arguido que ainda não foi reconhecido formalmente como tal*", mas também assistido por direitos e deveres processuais, assim como o arguido. Sobremodo,

desde o momento em que uma pessoa adquirir a qualidade de arguido é-lhe assegurado o exercício de direitos e de deveres processuais, sem prejuízo da aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial e da efectivação de diligências probatórias, nos termos especificados na lei (art.60º, CPPP).

O arguido pode requerer ao Ministério Público a efetuação de diligências durante o inquérito. Se o pedido não for atendido, não é o caso de dirigir-se ao juiz de instrução, mas de reclamar com o superior hierárquico do magistrado do Ministério Público.

No Brasil, a doutrina reconhece as figuras jurídicas do suspeito ou indiciado, em referência a um inquérito policial, sem contar, claro, do réu, no processo criminal. O indiciamento é um ato exclusivo da autoridade policial. Entretanto, a legislação não define as circunstâncias em que tal ação deve ser realizada, limitando-se a mencionar o indiciado em algumas passagens do texto normativo. De um modo geral, deve ocorrer quando a autoridade policial identifica a existência de indícios suficientes de autoria contra o investigado. Uma vez efetuado o indiciamento, alguns direitos, como o de permanecer calado diante de indagações feitas em interrogatório ou de fazer-se acompanhar de advogado, pode ser invocados pelo indiciado. Desde sempre esta falha na regulação do indiciamento ocasiona vários problemas. O Código de Processo Penal português, ao contrário, demonstra uma clara preocupação em delinear o *status* jurídico do arguido, quando alguém se vê constituído como tal já mesmo no inquérito, e reconhecer-lhe direitos e garantias processuais (art.61º, CPPP), aí incluída a de escolher defensor para si (arts.62º a 67º, CPPP). Caso ele próprio não o faça, a nomeação de defensor para o réu, no Brasil, só ocorre após a instauração do processo criminal (art.261, c/c art.396-A, §2º, CPPB).

O encerramento do inquérito, nos dizeres do Código de Processo Penal português, é efetuado pelo Ministério Público, num prazo de seis meses, mas esse prazo pode estender-se, em situações específicas, até dezoito meses, contados a partir do momento da constituição de alguém como arguido (art.276º, n.º1 e 2, CPPP). Se o Ministério Público entender que inexistem indícios suficientes da verificação do crime, de que não se praticou qualquer delito, de que não há provas bastantes contra o arguido, ou de não ter sido ele o autor do crime, ou ainda, por qualquer motivo legal, ser inadmissível o procedimento, procederá, por despacho, ao arquivamento do inquérito (art.277º, n.º1 e 2, CPPP). A decisão do Ministério Público, convém dizer, comporta impugnação. Por força do princípio hierárquico,

no prazo de vinte dias a contar da data em que a abertura de instrução já não puder ser requerida, o imediato superior hierárquico do membro do Ministério Público pode, por sua iniciativa ou a requerimento do assistente ou do denunciante com a faculdade de se constituir assistente, determinar que seja formulada acusação ou que as investigações prossigam, indicando, neste caso, as diligências a efectuar e o prazo para o seu cumprimento” (art.278º, n.º1, CPPP).

Depois de esgotado esse prazo, “o inquérito só pode ser reaberto se surgirem novos elementos de prova que invalidem os fundamentos invocados pelo Ministério Público no despacho de arquivamento” (art.279º, n.º1, CPPP). Os prazos para conclusão do inquérito policial, no Brasil, são ridiculamente reduzidos. Numa realidade apropriada para a década de 1940, a lei determina que, em regra, tendo havido indiciamento, a autoridade policial deve confeccionar relatório conclusivo em dez dias, se o indiciado estiver preso, ou trinta, se solto (art.10, CPPB). Após o encerramento, os autos do inquérito policial são remetidos ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme o caso.

O Ministério Público português também é responsável pela oferta de proposta de suspensão provisória do processo, um instituto de

cariz despenalizador, com objetivos de prevenção geral e especial, em vários aspectos semelhantes à suspensão condicional do processo existente no ordenamento brasileiro (art.89, Lei n.º9099/95). Reconhece-se como um direito subjetivo do arguido, ou seja, trata-se de um poder-dever do Ministério Público apresentar a proposta, desde que preenchidos os requisitos legais referentes às suas hipóteses de cabimento. Ao juiz de instrução compete efetuar o controle da legalidade da decisão do magistrado do Ministério Público. Havendo a concordância do arguido, ele se submete a uma série de regras de conduta estabelecidas na proposta, pelo prazo de dois anos a cinco anos, a depender da natureza do crime, algo que no Brasil é conhecido como período de prova. Há situações previstas em lei em que a suspensão é interrompida e o processo retoma seu curso. Mas, se isto não acontecer, uma vez findo o período de prova, o Ministério Público arquiva o processo, que não mais pode ser reaberto (arts.281º e 282º, CPPP). De modo diferente, no Brasil, a suspensão condicional do processo é oferecida juntamente com a peça inicial da acusação, ou excepcionalmente, em momento posterior do processo, e se o período de prova transcorrer normalmente, o juiz da causa profere uma sentença terminativa através da qual declara a extinção da punibilidade do acusado.

Se não for o caso de arquivamento do inquérito, havendo indícios suficientes da existência do crime e de quem foi seu autor, o Ministério Público português deduz acusação (pública) contra tal pessoa ou, se não lhe compete tal providência, notifica o assistente para apresentar acusação (particular). O assistente também pode aderir à acusação do Ministério Público (arts.283º a 285º, CPPP). No Brasil, adota-se uma terminologia diferente. O Ministério Público oferece denúncia (ação penal pública) ao passo que o ofendido, seu representante legal ou sucessor ajuíza uma queixa (ação penal de iniciativa privada). Outro ponto importante é que a Constituição Federal brasileira estabelece, como verdadeiro direito fundamental do cidadão, a possibilidade de



ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, nas situações de inércia do Ministério Público (art.5º, LIX, CRFB e art.29, CPPB). Tem-se aqui um resquício de um sistema acusatório tradicional, no qual a acusação é particular e o Ministério Público, então, se apresenta como uma instituição do Estado com funções fiscalizatórias.

A estrutura do sistema acusatório português conta com intervenção judicial de duas maneiras bastante distintas. Durante o inquérito e a instrução atua o juiz de instrução. Para o julgamento da causa, tem-se os tribunais. A função do juiz de instrução é tutelar os direitos fundamentais dos eventuais investigados, notadamente o arguido, a considerar que, no inquérito, não se dispõe de um contraditório consolidado. A legislação portuguesa alimenta a crença, de resto, bastante disseminada, de que o contato prematuro do juiz com a produção de prova põe em risco a preservação de sua imparcialidade. Desse modo, atos realizados pelo próprio juiz, como o interrogatório do arguido, ou por ele autorizados, a exemplo de autorização para interceptação telefônica ou ordem de busca e apreensão domiciliar (arts.268º e 269º, CPPP), são submetidos a ponderação, para efeito de avaliação da prova colhida e julgamento da conduta do arguido, por outros órgãos judiciais. Esta suposta influência da atividade de coleta de prova pelo juiz na formação de seu convencimento como julgador é também tema polêmico no Brasil. Mas, diversamente do que ocorre em Portugal, por conta da regra de prevenção, não somente o juiz atua na tutela de direitos fundamentais em qualquer momento pré-processual como também, se assim o fizer, torna-se prevento para julgar a causa. Há, pois, um contato permanente do julgador com o procedimento de investigação, e por isso, com a produção de elementos de prova antes mesmo de proceder-se a acusação.

Como se percebe, o processo penal português estabelece três etapas distintas da persecução penal em juízo, numa forma de atividade processual padrão que chama de processo comum. A primeira delas é o inquérito, dirigido pela magistratura do Ministério

Público. A segunda vem a ser a instrução, requerida pelos demais sujeitos processuais e realizada sob a responsabilidade de um juiz de instrução. Ela serve para comprovar judicialmente o acerto da decisão de acusação ou de arquivamento. É disciplinada como uma fase não obrigatória, mas nela já cabe o exercício do contraditório. Se não houver nenhum requerimento para a instrução, e tendo sido feita a acusação, passa-se do inquérito diretamente para a terceira e última etapa, que é o julgamento. No Brasil, o único procedimento que guarda uma pálida semelhança com esse modelo padrão do sistema português é aquele dos crimes de competência do Tribunal do Júri Popular. Com efeito, ao cabo da fase instrutória, o juiz da causa decide se deve sujeitar o réu a julgamento perante os julgadores leigos, através do ato nominado de decisão de pronúncia.

O processo penal português é um processo sem partes. A primeira etapa (inquérito) é conduzida pelo Ministério Público e as demais (instrução, julgamento) pelo juiz ou tribunal. Tendo em devida conta as características primordiais do inquérito português, sempre obrigatória no processo comum, como a direção a cargo do Ministério Público e a ausência de contraditório, observa-se que há uma estreita margem de participação do arguido. Daí porque a instrução, prevista como um estágio facultativo do processo, na prática, tornou-se frequente nos processos criminais em que se pode aplicar, isto é, nos comuns. No antigo Código de Processo Penal português, de 1929, havia uma instrução, primeiro, preparatória, e depois, contraditória, de tal modo que a mudança não se mostrou, com o decorrer do tempo, tão efetiva no sentido de abreviar tanto quanto possível a conclusão do processo.

Em seu formato atual, a instrução, requerida pelo arguido ou assistente (art.287º, n.º1, CPPP), não possui uma ritualística específica. É simplesmente formada por um conjunto de atos que o juiz reputa cabíveis para o caso concreto, organizados segundo o modo que ele julgar mais conveniente para a apuração da verdade (art.291º, n.º1, CPPP). Entretanto, o juiz de instrução deve interrogar o arguido

não somente quando julgar necessário, mas também quando este o solicitar (art.292º, n.º2, CPPP). Na instrução, torna-se obrigatória apenas a realização de uma audiência de debate instrutório, oral e contraditório, na qual podem participar o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e seu advogado, mas não as partes civis. Eles podem assistir aos atos de instrução por qualquer deles requeridos e suscitar pedidos de esclarecimento ou requerer que sejam formuladas as perguntas que entenderem relevantes para a descoberta da verdade (art.289º, CPPP). A instrução se destina a comprovar judicialmente a decisão de deduzir acusação tomada pelo Ministério Público ou arquivamento do inquérito de modo a submeter a causa ou não a julgamento (art.286º, CPPP).

Havendo decisão de pronúncia do arguido (art.308º, CPPP), ou se não se procedeu a instrução, mas somente a acusação, os autos são encaminhados ao tribunal. Então, o presidente decide sobre nulidades e outras questões prévias ou incidentais que obstem à apreciação do mérito da causa de que possa desde logo conhecer. Neste momento processual também cabe rejeição imediata da acusação (art.311º, CPPP). Em seguida, designa-se data para audiência de julgamento, que deve ser contínua e no qual o arguido pode apresentar contestação, acompanhada do rol de testemunhas (art.315º, n.º1, e art.328º, n.º1, CPPP). A audiência de julgamento comporta produção de prova, determinada pelo tribunal, oficiosamente ou a requerimento (art.340º, CPPP). Finda a produção de prova, o Ministério Público, os advogados do assistente e das partes civis e o defensor recebem a palavra para apresentação de alegações orais nas quais devem expor suas conclusões, de fato e de direito, que porventura hajam extraído da prova colhida (art.360º, CPPP). Finalmente, o tribunal delibera e profere a decisão que vai compor a sentença, da qual são todos desde logo intimados (arts.365º a 380º, CPPP).

Em qualquer sistema acusatório, com maior ou menor grau de independência do órgão de acusação, a quem podemos chamar gene-

ricamente de Ministério Público, ou com intervenção mais intensa ou tênue do juiz, há também, de algum modo, a participação da vítima. No direito brasileiro, a vítima é a titular da ação penal em alguns poucos casos. Se ela não é parte principal na relação processual, pode pedir admissão no processo como assistente da acusação, a cargo do Ministério Público, nas ações penais públicas. A figura do assistente cumula as feições de auxiliar, com o propósito de reforçar a acusação (art.271, CPPB) com o de interessado na obtenção de condenação, visando uma futura indenização por danos causados na ação criminosa. A ação civil de reparação dos danos se realiza em apartado, e a depender da organização judiciária local, em outra unidade judiciária. Em Portugal, há uma separação nítida entre as figuras do assistente (arts.68° a 70°, CPPP) e de parte civil (arts.71° a 84°, CPPP), com propósitos bem definidos. E o pedido de indenização civil fundado na prática de um crime é deduzido, em regra, no processo penal respectivo (art.71°, CPPP). Em Portugal, já existe, inclusive, lei específica a tratar da mediação penal, envolvendo a vítima e o arguido, em determinados casos (Lei n.º21/2007).

Muito embora o processo penal seja, sob pena de nulidade, público, ressalvadas as exceções previstas na lei, o juiz de instrução pode, mediante requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido e ouvido o Ministério Público, determinar, por despacho irrecorrível, a sujeição do processo, durante a fase de inquérito, a segredo de justiça, quando entenda que a publicidade prejudica os direitos daqueles sujeitos ou participantes processuais. Também o Ministério Público, sempre que entender que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justifiquem, pode determinar a aplicação ao processo, durante a fase de inquérito, do segredo de justiça, ficando essa decisão, todavia, sujeita a validação pelo juiz de instrução no prazo máximo de setenta e duas horas (art.86, CPPP). Nesse contexto, o Tribunal Constitucional Português julgou inconstitucional a regra de que, ao final do inquérito, o arguido, o assistente e o ofendido

podem consultar todos os elementos do processo que se encontre em segredo de justiça (art.89º, n.º6, CPPP). A Corte decidiu que tal preceito não atende o comando constitucional segundo o qual a lei deve definir e assegurar a adequada proteção do segredo de justiça (art.20º, n.º3, CRP) (Acórdão TCP n.º48/2008).

Neste ponto, a legislação portuguesa, por força da interpretação do Tribunal Constitucional, torna o inquérito uma etapa semelhante ao procedimento pré-processual brasileiro no que diz respeito ao sigilo que envolve a investigação criminal. Ressalve-se que, no Brasil, o advogado tem prerrogativa de consultar os autos do inquérito policial. Lembra PINTO DE ALBUQUERQUE:

A regra da publicidade interna viola frontalmente a estrutura acusatória do processo. Para a CRP, a regra é a inversa [...] A lei tem que determinar quais os actos durante a fase preparatória (anterior ao julgamento) do processo que estão subordinados ao princípio do contraditório (e a publicidade interna). É, pois, claro que a regra para a CRP é do segredo interno na fase preparatória do processo e a exceção, a determinar pela lei, é a publicidade interna" (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2011, p.262).

Contra as deficiências que conduzem à lentidão do sistema de justiça criminal, o Código de Processo Penal português prevê a deflagração de um incidente chamado de aceleração do processo (arts.108º e 110º, CPPP). De um modo geral, a tendência de simplificação da forma dos atos processuais, acompanhada da redução dos prazos legais, em qualquer legislação, objetiva a configuração daquilo que a Constituição Brasileira, desde a Emenda Constitucional n.º45/2004, conhece como "*duração razoável do processo*" (art.5º, LXXVIII, CRFB), cujos contornos, segundo a melhor doutrina, à minguada de previsão de prazos que impeçam toda e qualquer possibilidade de prolongamento do processo, são feitos em cada caso concreto. Entretanto, se a Carta Magna brasileira assegura a todos, no âmbito administrativo ou judicial, a duração de um processo por tempo razoável, inserindo-a,

assim, no portfólio de direitos fundamentais, a legislação processual não conta com meios que garantam a celeridade da tramitação do processo, e desse modo, diante das conhecidas deficiências estruturais do sistema de justiça, normalmente não há como atender, de modo satisfatório, ao preceito constitucional. É claro que, para além da justiça de uma decisão judicial, há expectativa de que a intervenção do sistema de justiça criminal seja expedita, e por conseguinte, eficiente. Parte-se, afinal, do pressuposto de que os órgãos do sistema têm a disposição os recursos humanos e materiais adequados e bem alocados para o cumprimento de seu mister. Ocorre que a realidade insiste em desafiar a lógica do legislador.

De acordo com o Código de Processo Penal português, o Ministério Público, o arguido, o assistente ou a partes civis podem requerer a aceleração do processo quando os prazos previstos em lei para a duração de cada etapa processual tiverem sido excedidos. O pedido é decidido pelo Procurador Geral da República, se o processo estiver sob a direção do Ministério Público; ou pelo Conselho Superior da Magistratura, se o processo estiver a tramitar perante um juiz ou tribunal (art.108º, CPPP). Este último tópico foi questionado pela Presidência da República junto ao Tribunal Constitucional sob o argumento de que haveria malferimento à independência dos tribunais (art.208º, CRP). Mas a Corte entendeu que a regra é constitucional, explicitando que o Conselho Superior da Magistratura possui poder disciplinar justamente sobre os magistrados judiciais (art.222º, CRP) e que o tal incidente foi pensado apenas para os tribunais judiciais (Acórdão TCP n.º7/87).

Depois de apresentado o requerimento, o tribunal ou órgão do Ministério Público a quem o processo estiver afeto é chamado a instruir o pedido com os elementos que entender pertinentes no prazo de três dias. Então, a decisão é tomada, sem outras formalidades especiais, e haverá de consistir em: indeferir o pedido por falta de fundamento bastante ou porque os atrasos verificados se encontram

justificados; requisitar informações complementares, a serem fornecidas no prazo máximo de cinco dias; mandar proceder a inquérito, em prazo que não pode exceder quinze dias, sobre os atrasos e as condições em que se verificaram, suspendendo a decisão até à realização do inquérito; propor ou determinar as medidas disciplinares, de gestão, de organização ou de racionalização de métodos que a situação justificar. Da decisão é notificado o requerente e imediatamente comunicado o tribunal ou órgão do Ministério Público, assim como as entidades com jurisdição disciplinar sobre os responsáveis por atrasos que se tenham verificado (art.109º, CPPP). Como não há instituto similar na legislação brasileira, o eventual prejudicado com a lentidão do processo judicial pode tão somente dirigir-se ao órgão interno de correição (Corregedoria da Justiça) ou ao Conselho Nacional de Justiça, e então, solicitar providências administrativas.

## **2 REGIME DE PRODUÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA**

As colunas do sistema acusatório português sustentam variados pisos do direito processual penal, como as regras procedimentais, a disciplina dos atos processuais e da declaração de nulidade, aplicação de medidas cautelares e execução das penas. Neste último caso, por exemplo, compete ao Ministério Público português *“promover a execução das penas e das medidas de segurança e, bem assim, a execução por custas, indemnização e mais quantias devidas ao Estado ou a pessoas que lhe incumba representar judicialmente”* (art.469º, CPPP). Saliente-se, enfim, o regime de produção de elementos de prova, um dos pontos mais destacados da distinção de funções entre os órgãos de acusação e de julgamento.

A amplitude da produção de prova depende do tipo de processo a ser adotado. O direito processual penal português conhece o processo comum e os especiais (sumário, abreviado e sumaríssimo). O processo sumário é aplicável quando há alguém detido em flagrante delito

por crime punível com pena de prisão não superior a cinco anos, ou quando, mesmo sendo o crime com sanção acima desse patamar, o Ministério Público entender que não se deve aplicar pena superior a esses cinco anos (art.381º, CPPP). Nesse caso, o detido é apresentado imediatamente ou tão logo possível ao Ministério Público, a quem cabe, se julgar conveniente, interrogar superficialmente o detido, e então, se considerar necessárias diligências de prova essenciais à descoberta da verdade, notifica o arguido e as testemunhas para comparecimento, ou apresenta o detido desde logo ao tribunal competente para julgamento (art.382º, CPPP). Não há, pois, inquérito. O processo será abreviado em caso de crime punível com pena de multa ou de prisão não superior a cinco anos. Havendo provas simples e evidentes de que resultem indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente, o Ministério Público, em face do auto de notícia ou após realizar inquérito sumário, deduz acusação para julgamento (art.391º-A, CPPP). Finalmente, nesta última hipótese, o Ministério Público, por iniciativa do arguido ou depois de o ter ouvido e quando entender que ao caso deve ser concretamente aplicada pena ou medida de segurança não privativas de liberdade, requer ao tribunal, com a concordância do assistente, se for o caso, que a pena ou medida de segurança seja aplicada em processo sumaríssimo (art.392º, CPPP). Percebe-se, desse modo, a importância do papel desempenhado pelo Ministério Público na definição do tipo de processo a ser seguido.

Quanto mais simples o tipo de processo, em comparação com o processo comum, tanto menos se tem dilação probatória. Em todo caso, a ordem de produção da prova segue este roteiro: declarações do arguido, apresentação dos meios de prova indicados pelo Ministério Público, pelo assistente e pelo lesado, e por derradeiro, pelo arguido e pelo responsável civil (art.341º, CPPP). Mas sempre que entender necessário à descoberta da verdade, isto é, mediante decisão fundamentada, o juiz pode alterar a ordem da prova (art.323º, alínea



“a”, CPPP). Portanto, a sequência é ordenada em função dos sujeitos do processo, diversamente do que acontece na legislação brasileira, em que a ordem é estabelecida, em cada espécie de procedimento (comum, que é subdividido em ordinário, sumário e sumaríssimo, e especiais) de acordo com a natureza do elemento de prova, e nesse contexto, procede-se a interrogatório do réu, em regra, apenas ao final da etapa de colheita de provas.

O Código de Processo Penal português disciplina alguns meios de prova: testemunhal, declarações do arguido, do assistente e das partes civis, acareação, reconhecimento, reconstituição do fato, perícias em geral e documentos. Ainda, trata daquilo que acertadamente são chamados de meios de obtenção de prova, a saber, exames, revistas e buscas, apreensões e as escutas telefônicas. Nesse tocante, a terminologia empregada pela lei brasileira é confusa e inadequada.

As declarações do arguido podem ser prestadas diretamente ao magistrado do Ministério Público (art.272º, CPPP), ao órgão de polícia criminal a quem se tenha delegado tal providência, ou ao juiz de instrução (arts.141º, 143º e 144º, CPPP). Nesta hipótese, o procedimento de inquirição é assistido pelo Ministério Público, pelo assistente e, por certo, pelo defensor. Em regra, não se admite nenhuma interferência, a não ser para arguição de nulidade. Entretanto, o juiz pode permitir que sejam suscitados pedidos de esclarecimento das respostas dadas pelo arguido. Ao final, também é admissível requerer ao juiz que formule ao arguido perguntas relevantes para a descoberta da verdade (art.141º, CPPP). Pinto de Albuquerque (2011, p.404) ressalva que “não podem estar presentes os defensores de co-arguidos, nem os representantes dos assistentes e das partes civis”, e acrescenta que “esta proibição legal prevalece sobre a regra da publicidade externa do inquérito”.

No Brasil, não há regras específicas a disciplinar a confissão espontânea do réu. A consequência do ato, sempre lembrada pelo juiz ao réu no início de seu interrogatório, e de natureza divisível e retra-

tável, haverá de ser o reconhecimento de uma causa de diminuição de pena. O conteúdo das declarações do acusado será posto pelo julgador em comparação com os outros elementos de prova contidos no processo criminal, verificando-se aí se existe compatibilidade e concordância (arts.197 e 200, CPPB). A legislação portuguesa seguiu outro caminho. Com um espírito bem mais pragmático, a confissão do arguido, desde que feita de livre vontade, isto é, sem qualquer coação, com total discernimento e voluntariedade, também integral e sem reservas, implica renúncia à produção de prova relativa aos fatos contra si imputados, e por conseguinte, consideração destes como provados, assim como passagem de imediato às alegações orais e redução das taxas de custos judiciários à metade (art.344°, CPPP).

O Código de Processo Penal português, por conta de sua modernidade, disciplina a coleta de elementos de prova através de interceptação de comunicações telefônicas (arts.187° a 190°, CPPP), diferentemente do que ocorre no Brasil, onde se tem uma lei específica para tratar da matéria (Lei n.º9296/96). Em comum, o reconhecimento de que a medida atinge gravemente os direitos fundamentais de intimidade e privacidade das comunicações, algo que explica o rigor nas formalidades, sob pena de nulidade (art.190°, CPPP). Por isso, ambas as legislações restringem sua admissibilidade a certas hipóteses, exigem prévia autorização judicial, em decisão fundamentada e motivada na imperiosa necessidade da medida, preveem a intervenção do Ministério Público, tanto na iniciativa de requerimento como para acompanhar a execução da diligência, esta, por sua vez, atribuída à polícia judiciária, e finalmente, determinam a destruição de qualquer material coletado que se revele irrelevante para o processo. Entretanto, em Portugal, a providência somente é cabível durante o inquérito ao passo que, no Brasil, é admissível tanto no transcurso da investigação criminal quanto do processo judicial.

Mas há duas importantes diferenças de tratamento do tema. A primeira delas é de natureza subjetiva, isto é, diz respeito a quem

pode ser atingido pela interceptação. Em termos da legislação portuguesa, observa-se que estão sujeitos à medida apenas o suspeito ou arguido, a pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido, e ainda, vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efetivo ou presumido. Existe, inclusive, vedação expressa de interceptação da comunicação entre o arguido e seu advogado, salvo se o juiz se convencer de que o teor da conversa é objeto ou elemento de crime (art.187, n.º4 e 5, CPPP). Na lei brasileira, tem-se nada mais do que uma vaga menção à necessidade de existirem indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a despeito da exigência de descrição, com clareza, da situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (art.2º, I e § único, Lei n.º9296/96). Essa imprecisão do texto normativo permite, na prática da aplicação da lei, uma maior variedade de argumentos para fazer incidir a interceptação sobre qualquer pessoa, bastando a referência a qualquer espécie de participação em evento criminoso.

A segunda diferença é de conteúdo objetivo e tem que ver com o tempo de duração da interceptação. Em Portugal, a interceptação pode ser autorizada pelo prazo de até três meses, renovável por períodos sujeitos aos mesmos limites, desde que permaneçam presentes os requisitos de admissibilidade (art. 187, n.º6, CPPP). No Brasil, a diligência está limitada ao período máximo de quinze dias, mas também renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade desse meio de prova (art.5º, Lei n.º9296/96). Nesse ponto, PRADO tece críticas a ambas as legislações. Tomando como parâmetro o prazo constitucional para os estados de sítio ou de emergência, defende a ideia de que, no Brasil, o prazo de quinze dias somente poderia ser renovado uma única vez, e não sucessivamente, como vem entendendo os tribunais brasileiros. De igual modo, entende exagerado o

prazo estipulado pelo legislador português, porque mais extensivo do que a restrição imposta aos direitos fundamentais aqui implicados no regime constitucional de emergência (PRADO, 2009).

### **3 ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

As reflexões engendradas através dos estudos de direito comparado, fortalecidas pelo constante intercâmbio jurídico entre Portugal e Brasil, mostram que os diferentes de ponto de vista sobre os melhores caminhos a trilhar na atuação de seus sistemas de justiça criminal podem ser bastante enriquecedores para ambos. Não é à toa, portanto, que o Anteprojeto do novo Código de Processo Penal brasileiro, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, promove uma aproximação ainda mais intensa entre esses dois ordenamentos, tanto na estrutura do modelo acusatório como na disciplina da coleta de elementos de prova. Em temas como o papel do juiz no sistema acusatório, a permanência da acusação particular sem prejuízo daquela feita pelo Ministério Público, a ação civil para reparação de danos causados através da conduta criminosa, diversificação das medidas cautelares para além da prisão provisória, o texto da exposição de motivos do Anteprojeto faz menção expressa a Portugal como paradigma normativo. Em razão da sumariedade deste trabalho, abordaremos apenas alguns tópicos de realce na planejada codificação brasileira, em contraste com a legislação portuguesa em vigor.

Sob a regra de que o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos pelo próprio Código, passa a ser vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (art.4º). Com base nesse enunciado, cria-se a figura do juiz de garantias, equivalente ao juiz de instrução português e responsável pelo controle da legalidade da investigação

criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. O conceito de investigação criminal, convém dizer, é ampliado pela lei, de tal modo que o inquérito policial, embora continue a usufruir o *status* de procedimento investigatório padrão, é tido como de fato o é, significa dizer, uma de suas espécies. Essa nova conceituação sedimenta o reconhecimento da legalidade da investigação criminal direta do Ministério Público. Também a condição de investigado recebe melhor tratamento, suprimindo a deficiência da legislação atual, tornando-se similar ao estatuto jurídico do arguido. Preservou-se o controle judicial sobre o pedido de arquivamento do inquérito policial ou de qualquer outro procedimento de investigação criminal feito pelo Ministério Público. Durante os trabalhos da comissão de juristas formada para elaboração do anteprojeto, chegou-se a redigir um dispositivo segundo o qual a decisão sobre o arquivamento caberia exclusivamente ao Ministério Público, portanto, idêntico ao modelo português.

No capítulo denominado “Intervenção Civil”, o Anteprojeto estabelece uma diferenciação entre o assistente (arts.75 a 78) e parte civil (arts.79 a 82), sob a mesma inspiração do legislador português. No entanto, não se chegou a um grau mais elevado de conjunção entre as dimensões civil e penal de responsabilização. Permanece a tramitação de duas ações judiciais em separado. Com efeito, no Código de Processo Penal português, em que um mesmo juiz aprecia ambos os pleitos, estabelece-se que *“o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos em lei”* (art.71º, CPPP), e desse modo, consagra-se o princípio da adesão. A aplicação desse princípio na legislação brasileira, decerto, implicaria graves alterações nos regimes de competência judicial.

Especial relevo ganha a vítima do crime. De mero assistente da

acusação ou acusador particular, a vítima é conceituada, em sentido bastante amplo, como

a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais, patrimoniais ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais (art.88).

Ser-lhe-ão assegurados diversos direitos, não apenas de conteúdo processual (art.89). Tem-se aqui a consolidação da tendência de redirecionamento da atuação do sistema punitivo para a busca de restauração do *status quo ante* e proteção da vítima, sem prejuízo da aplicação do castigo ao infrator da norma penal.

O Anteprojeto é bem mais pormenorizado no tocante ao regimento do interrogatório do réu, tal como feito pelo Código de Processo Penal português, considerado, sobretudo, como instrumento de exercício do direito de defesa, e não propriamente um meio de prova. O propósito de tal minudência, evidentemente, consiste numa tentativa de evitar arbitrariedades ou qualquer espécie de coação ou indução na liberdade do acusado no que respeita ao conteúdo de suas declarações. Exemplo disso é a previsão da presença obrigatória de defensor, inclusive, ainda durante a investigação criminal e de realização presencial, salvo situações excepcionais (arts.63 a 74). Em Portugal, há também regra para a presença do defensor (art.144º, n.º1, CPPP). O Anteprojeto, repetindo comando já existente, estatui que o interrogatório será dividido em duas partes: sobre a pessoa do interrogando e acerca dos fatos contra si imputados. Em Portugal, o arguido é obrigado a dizer a verdade no que diz respeito a seus antecedentes criminais (Acórdão TCP n.º7/2007), podendo calar-se, todavia, quanto aos fatos constantes na imputação. No Brasil, a legislação atual e o Anteprojeto são omissos a esse respeito.

A duração da prisão preventiva, tendo em vista a verificação

de constantes abusos, desde sempre tem sido um sério problema no âmbito do sistema de justiça criminal brasileiro, corroborando decisivamente para a superlotação dos estabelecimentos prisionais. Entretanto, as recentes alterações empreendidas pela Lei n.º 12403, de 2011, que acrescentou outras medidas cautelares preferenciais à prisão e relegou a custódia preventiva como medida extrema de acautelamento da persecução penal, não tratou da limitação temporal da prisão preventiva. Apesar de recente, e de dificuldades para uma segura aplicação, já se percebe que a lei vem surtindo efeitos práticos, com a paulatina diminuição da população carcerária. Então, coube ao Anteprojeto estabelecer prazos de duração da prisão preventiva, a considerar que a Lei n.º 7960, de 1989, já o faz em relação à prisão temporária, e que a prisão em flagrante delito tem vida efêmera.

Nesse sentido, o Anteprojeto determina que a prisão preventiva não ultrapassará 180 (cento e oitenta) dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível, e ainda, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível. No caso de prorrogação, não se computa o período anterior cumprido. Acrescentam-se outros 180 (cento e oitenta) dias se houver interposição, pela defesa, dos recursos especial e/ou extraordinário e mais 60 (sessenta) dias no caso de investigação ou processo de crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a 12 (doze) anos (art.546). E qualquer que seja o seu fundamento legal, a prisão preventiva que exceder a 90 (noventa) dias será obrigatoriamente reexaminada pelo juiz ou tribunal competente, para avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da sua aplicação, podendo substituí-la, se for o caso, por outra medida cautelar. Se, por qualquer motivo, o reexame não for realizado no prazo devido, a prisão será considerada ilegal (art.550).

A legislação portuguesa, por seu turno, estipula prazos bem mais dilatados, melhor condizentes com a complexidade de alguns crimes, e que variam de quatro meses a um ano e seis meses, podendo vir

a ser prolongados em diversas situações, a depender da natureza do crime, podendo chegar a três anos e quatro meses, quando o procedimento tratar de alguns crimes patrimoniais, aí incluído o de branqueamento de capitais (lavagem de dinheiro) (art.215°, CPPP). E o Código português também ordena que o arguido sujeito a prisão preventiva seja posto em liberdade tão logo que a medida venha a extinguir-se, salvo se a permanência no cárcere deva manter-se por outro processo (art.217°, CPPP).

#### **4 CONCLUSÃO**

Através do estudo de direito comparado, pode-se perceber como o Código de Processo Penal português reflete, à sua maneira, os valores democráticos e as garantias dos direitos do cidadão consagrados na Constituição da República. Cada povo tem seus próprios desafios na construção de uma justiça penal mais equânime no trato do cidadão e eficaz na aplicação da norma penal. As preocupações dos estudiosos se mostram cada vez mais direcionadas para a estrutura do sistema judicial. De pouca serventia, afinal, a presença de um direito material sintonizado aos anseios da comunidade se o sistema de justiça, por razões várias, não operacionaliza esse direito de modo adequado. No campo da política criminal, isso significa a estruturação de um sistema de justiça criminal que, a um só tempo, permita a atuação desenvolva dos órgãos de repressão, como as polícias e, em certa medida, também o Ministério Público, sem prejuízo da tutela efetiva, pelo Judiciário, dos direitos fundamentais do cidadão que venha a ser investigado ou acusado pela prática de crime. O atingimento desse equilíbrio compõe uma receita que só pode ser formulada por cada povo dentro de sua experiência histórica. Porém, mediante comparação com ideias estrangeiras é possível identificar com mais clareza aqueles institutos ou procedimentos que podem ser reformados e aperfeiçoados.



O processo penal português não tem partes, e no entanto, conta com sujeitos que exercem direitos e deveres processuais em variados níveis de alcance. Trata-se de um processo que inicia sem acusação e pode prosseguir, na fase de inquérito, mesmo sem que se aponte o nome de alguém a ser responsabilizado. As relações que se estabelecem no âmbito do processo criminal proporcionam modos diferenciados de interação entre os sujeitos processuais. O modelo acusatório português, integrado por um princípio de investigação, impõe uma participação ativa do juiz, que não é, portanto, um mero espectador da produção de elementos de prova. Mas certos princípios de qualquer sistema acusatório, como os da igualdade ou paridade de armas, possuem sentido diverso daquele conhecido no Brasil, pois não se vê formada uma relação triangular envolvendo o juiz, o magistrado do Ministério Público e o arguido.

O exercício da magistratura é repartido entre o Ministério Público e Judiciário. São duas instâncias de uma organização cujo espírito vem unificado, diferenciando-se somente na distinção de atribuições feita pela lei, nem sempre de modo eficaz. Por isso, o inquérito, que se constitui a primeira fase do processo criminal português, é dirigido pelo Ministério Público, responsável também pela apresentação da acusação perante o juiz. Apesar de resguardados certos direitos em prol do arguido, esta etapa não comporta o exercício do contraditório. Neste aspecto, o inquérito português é bastante assemelhado ao inquérito policial ou qualquer outra espécie de investigação criminal adotada na legislação brasileira, porém, e este é o ponto fundamental de separação, no Brasil, o inquérito não se constitui uma fase processual, mas um procedimento administrativo pré-processual, preparatório ao exercício da ação penal. Nesse tocante, o Ministério Público brasileiro não tem ingerência direta, muito menos efetivo controle, sobre a investigação criminal procedida pelos órgãos de polícia judiciária.

No inquérito português, a constituição de alguém em arguido não implica que ele tenha direito a produção de prova. Essa atividade é incumbência dos órgãos de polícia judiciária, sob a direção do Ministério Público. Com isso, quer-se que, no inquérito, sejam recolhidos os elementos de prova suficientes não somente para a apresentação de uma acusação formal perante o juiz, como também para o julgamento da causa. Na instrução, se houver, e na fase de julgamento, poderá o arguido exercer o contraditório e o direito de prova.

O Código de Processo Penal português, com suas características próprias de formatação do sistema acusatório, coloca o Ministério Público em posição privilegiada na persecução penal. Ao mesmo tempo em que é responsável pela direção do inquérito, assumindo, assim, o protagonismo da investigação criminal, também deduz a acusação e tem função importante na produção de elementos de prova. Em elogio à organização do Ministério Público português, LEMOS JÚNIOR (2003, p.17) reconhece a sua concepção “como a que melhor atende aos reclamos de uma justiça democrática, dada sua condição de magistratura autônoma, sua objetividade e a exclusiva dependência à verdade e à justiça, desde o início do processo”. Enfim, é um Ministério Público que merece ser melhor conhecido em sua organização e vocações institucionais, nomeadamente na área criminal, podendo servir como inspiração para seu co-irmão brasileiro na elaboração de políticas institucionais na área de investigação criminal.

## **INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, SISTEMA ACUSATÓRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO: SIMILITUDES E DIFERENÇAS ENTRE OS CÓDIGOS DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS E BRASILEIRO**

### **ABSTRACT**

*This paper approaches the Portuguese and Brazilian Criminal Procedure Codes according to a comparative methodology. It analyzes its models of criminal investigation and functions of the Public Prosecution Service. It points out similarities and differences between these models in a context of accusatory structure of the criminal process of law. It evaluates the modifications proposed in the draft Brazilian Criminal Procedure Code. It suggests the need to know better the Portuguese Public Prosecutor's Office.*

**Keywords:** *Accusative System Models. Production Regime. Elements of Proof. Code of Brazilian Criminal Procedure.*

### **REFERÊNCIAS**

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. et al. Sistemas Processuais do Brasil e Portugal – *Estudo Comparado*. In: CARVALHO, L. G. Gradinetti Castanho de (Org.). **Processo Penal do Brasil e de Portugal**: Estudo Comparado: As Reformas Portuguesa e Brasileira. Coimbra: Almedina, 2009.

CARVALHO, Paula Marques de. **Manual Prático de Processo Penal**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

DIAS, João Paulo *et ali*. O Ministério Público em Portugal. In: **O Papel do**

**Ministério Público:** Estudos Comparados dos Países Latino-Americanos. (Coord.) João Paulo Dias. Coimbra: Almedina, 2008, pp.27-69.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal.** Tradução. Andrés Ibáñez *et al.* Madri: Trotta, 1995.

LEMONS JÚNIOR, Arthur Pinto de. O Papel do Ministério Público, Dentro do Processo Penal, à Vista dos Princípios Constitucionais – Uma Visão Fundada no Direito Processual Penal Português. In: **Revista do Ministério Público**, ano 24, n.93, 2003, p.7-46.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal:** À Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

PRADO, Geraldo. **Limite às Interceptações Telefônicas:** a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no Brasil e a Alteração Introduzida no Código de Processo Penal Português (Lei n.º48/2007). In: CARVALHO, L. G. Gradinetti Castanho de. (Org.). **Processo Penal do Brasil e de Portugal:** Estudo Comparado: As Reformas Portuguesa e Brasileira. Coimbra: Almedina, 2009, pp.95-146.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **As Relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a Matriz de um Processo Penal Europeu. Modelos de Polícia e Investigação Criminal:** A Relação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. In: CONGRESSO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, 1., 2008, Porto. **Actas...** Porto: ASFIC/PJ, 2008, pp.151-58.

SOUTO DE MOURA. **O Inquérito e as Relações MP/PJ. Modelos de Polícia e Investigação Criminal:** A Relação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. In: CONGRESSO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, 1., 2008, Porto. **Actas...** Porto: ASFIC/PJ, 2008, pp.139-48.

# Denúnciação da Lide em Ação Civil Pública de Responsabilidade Civil por Danos Ambientais<sup>1</sup>

Renato Pessoa Manucci<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente texto debruçou-se sobre a denúnciação da lide nas ações civis públicas de responsabilidade civil por danos ambientais, partindo da análise do direito material. Nesse cenário, verificou-se que a responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva e solidária, o que autoriza os legitimados para a ação civil pública a demandarem qualquer dos responsáveis pela conduta abusiva, os quais têm direito de regresso contra os demais. No plano processual individual, a parte ré pode exercer sua pretensão regressiva em ação autônoma ou postulá-la por meio da denúnciação da lide; na ação civil pública ambiental, há controvérsia sobre o cabimento da denúnciação da lide, prevalecendo a tese de seu descabimento, inclusive na jurisprudência. O novo CPC manteve o cabimento da denúnciação da lide nas ações de responsabilidade civil e sepultou definitivamente a discussão sobre sua obrigatoriedade. Com isso, não resolveu a controvérsia, mas fortaleceu o entendimento contrário à sua incidência na ação civil pública de responsabilidade civil por danos ambientais.

**Palavras-chave:** *Ação civil pública. Dano ambiental. Denúnciação da lide. Novo CPC.*

---

<sup>1</sup> Data de recebimento: 18/05/2017. Data de aceite: 02/06/2017.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Tutor do curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Estácio/CERS. Professor Universitário. Membro da Comissão do Advogado Público da 16ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de Bragança Paulista. Procurador Jurídico da Câmara Municipal de Bragança Paulista. Advogado. E-mail: renatomanucci@yahoo.com.br.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa proceder a uma revisão acerca da plausibilidade jurídica da denunciação da lide em ação civil pública de responsabilidade civil por danos ambientais, tema sobre o qual pairam divergências doutrinária e jurisprudencial. Pretende-se, ainda, verificar se o regime das intervenções de terceiros normatizado pelo novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, trará algum impacto à controvérsia.

Inicialmente serão explorados aspectos relativos à responsabilidade civil ambiental e à solidariedade passiva, buscando fundamentos no direito material; em seguida, abordar-se-á a ação civil pública para reparação de dano ambiental; ao final, será examinado o cabimento de denunciação da lide em ação civil pública de responsabilidade ambiental e os eventuais reflexos do novo CPC, verificando-se ainda o estado da arte na jurisprudência nacional.

A relevância do tema é indiscutível, pois são frequentes as notícias de casos envolvendo vários agentes na perpetuação de ilícitos em geral, especialmente ambientais, a exemplo do recente e notório caso do rompimento da barragem de Fundão, localizada no subdistrito de Bento Rodrigues, a 35 quilômetros do centro do Município de Mariana, Minas Gerais (empreendimento explorado em conjunto pela Samarco Mineração S.A., Vale S.A. e BHP Biliton).

Outrossim, torna-se imprescindível revisitar o tema para verificar se há possibilidade de extinção da controvérsia com o advento do CPC de 2015; fatores que mantêm a atualidade do tema objeto deste trabalho.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

A palavra “responsabilidade” é oriunda do verbo latino *respondere* e significa “a obrigação que alguém tem de assumir com as conse-

quências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 01-02).

Logo, verifica-se que se trata de uma consequência que recai sobre uma conduta ilícita, consistindo em dever oriundo da ocorrência de um fato jurídico *lato sensu*. Em outras palavras, “designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Trata-se de um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 02).

O mencionado dever jurídico tem origem em violação de normas contratuais ou legais, falando-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual e/ou extracontratual. Sobre esta última modalidade, que interessa para o presente estudo, o art. 927, *caput*, do Código Civil apresenta os seus contornos, estabelecendo que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

O dever de indenizar, ademais, pode ou não ficar na dependência da constatação da culpa do agente, classificando-se a responsabilidade civil em subjetiva e/ou objetiva. A primeira funda-se na necessidade de demonstração de elemento subjetivo, de modo que a responsabilidade será imputada ao agente a título de culpa (*lato sensu*) ou dolo; enquanto, na segunda, tal requisito é dispensável.

A responsabilidade subjetiva está delineada no art. 186 do CC, segundo o qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Assim, a obrigação de indenizar, nesse caso, nasce quando existe uma conduta culposa suscetível de causar prejuízo a outrem, exigindo-se, pois, a concorrência dos seguintes pressupostos: (a) conduta omissiva ou comissiva; (b) dano; (c) nexo de causa e efeito e (c) culpa ou dolo do agente (responsabilidade subjetiva).

No entanto, o ordenamento jurídico consagra hipóteses excepcionais de responsabilidade baseada no risco, conhecidas como responsabilidade objetiva. Nesse sentido dispõe o parágrafo único do art. 927 do CC que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Diferentemente da seara privada, em que prepondera a responsabilidade subjetiva, o dano ambiental enseja reparação independentemente de culpa, isto é, a responsabilidade é objetiva. Isso porque o art. 14, § 1º, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismo de formulação e aplicação, é taxativo ao prever que “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

Frederico Amado, a propósito, destaca que a tendência mundial é no sentido de consagrar a responsabilidade objetiva em detrimento da clássica responsabilidade subjetiva, “afastando-se a culpa e inserindo-se o risco, especialmente na esfera ambiental, pois o poluidor deve adicionar por estimativa o custo de eventuais danos ambientais nas despesas do empreendimento que mantém” (AMADO, 2017, p. 538).

Ademais, prevalece que o regime da responsabilidade civil na esfera ambiental não coincide com o da responsabilidade objetiva (no campo do direito administrativo), que é fundada na teoria do risco administrativo e pode ser afastada quando concorrerem causas excluídas do nexo causal, a exemplo do caso fortuito e da força maior.

Com efeito, a relevância, a importância e a natureza difusa do bem jurídico tutelado, o meio ambiente, exigem uma resposta estatal efetiva, impondo-se ao poluidor o dever de assumir os riscos inerentes à sua atividade, sem possibilidade de alegar qualquer excludente.



Diz-se, destarte, que a responsabilidade objetiva em tal situação funda-se na teoria do risco integral.

Além disso, a reparação deve ser integral, o que autoriza a cumulação de indenização pecuniária com obrigação de recuperar o meio ambiente, salvo quando a segunda providência for suficiente para assegurar a restauração imediata e completa ao *status quão ante* do bem lesado. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GARIMPO ILEGAL DE OURO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL E DO POLUIDOR-PAGADOR. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO *IN DUBIO PRO NATURA* DAS NORMAS AMBIENTAIS.

1. A legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* de sua garantia.

2. Na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/85, a conjunção “ou” opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente.

3. No Direito brasileiro, vigora o princípio da reparação *in integrum* ao dano ambiental, que é multifacetário (ética, temporal e ecologicamente falando, mas também quanto ao vasto universo das vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados).

4. Se a restauração ao *status quo ante* do bem lesado pelo degradador for imediata e completa, não há falar, como regra, em indenização.

5. A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= dano interino ou intermediário), bem como pelo dano moral coletivo e pelo dano residual (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração).

6. A obrigação de recuperar *in natura* o meio ambiente degradado é compatível e cumulável com indenização pecuniária por eventuais prejuízos sofridos. Precedentes do STJ.

7. Além disso, devem reverter à coletividade os benefícios econômicos que o degradador auferiu com a exploração ilegal de recursos ambientais, «bem de uso comum do povo», nos termos do art. 225, caput, da Constituição Federal, quando realizada em local ou circunstâncias impróprias, sem licença regularmente expedida ou em desacordo com os seus termos e condicionantes.

8. Ao STJ descabe, como regra, perquirir a existência de dano no caso concreto. Análise que esbarra, ressalvadas situações excepcionais, na Súmula 7/STJ. Tal juízo fático é de competência das instâncias a quo, diante da prova carreada aos autos.

9. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição in natura do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e para fixar o eventual *quantum debetur* (BRASIL, STJ, REsp 1.114.893/MG, rel. Min. Herman Benjamin, 2012).

Enfim, a responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva fundada no risco integral, na medida em que se trata de direito difuso e, por conseguinte, de titularidade indeterminada, não havendo como se mensurar, na maioria das vezes, os efeitos da degradação.

### **3 Pluralidade de responsáveis: solidariedade passiva**

De outro lado, a responsabilidade civil ambiental é solidária, decorrendo do conjunto normativo vigente, lembrando que a solidariedade não se presume, deriva da lei ou da vontade das partes (art. 265, CC).

Primeiramente, importa registrar que é assegurado como direito fundamental o meio ambiente ecologicamente equilibrado, razão pela qual o § 3º do art. 225 da CF estabelece que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados”.

Noutro giro, o art. 3º, inciso IV, da Lei 6.938/1981, dando concretude ao mandamento constitucional, definiu o poluidor como “a pessoa

física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

Por isso, podem os responsáveis, diretos e indiretos pelo dano, serem constrangidos a recompor o meio ambiente degradado. Não há, contudo, obrigatoriedade de inclusão de todos os agentes no polo passivo da demanda (litisconsórcio), sendo possível que apenas um ou alguns sejam chamados a responder pelos prejuízos.

Nesse sentido, já decidiu o STJ, em mais de uma oportunidade:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. EDIFICAÇÃO DE CASA DE VERANEIO. AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO.

1. A ação civil pública ou coletiva por danos ambientais pode ser proposta contra poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental (art. 3º, IV, da Lei 6.898/91), co-obrigados solidariamente à indenização, mediante a formação litisconsórcio facultativo, por isso que a sua ausência não tem o condão de acarretar a nulidade do processo. Precedentes da Corte: REsp 604.725/PR, DJ 22.08.2005; Resp 21.376/SP, DJ 15.04.1996 e REsp 37.354/SP, DJ 18.09.1995.

2. Recurso especial provido para determinar que o Tribunal local proceda ao exame de mérito do recurso de apelação (BRASIL, STJ, REsp 884.150/MT, rel. Min. Luiz Fux, 2008).

Logo, a responsabilidade civil ambiental, quanto à pluralidade de sujeitos passivos, é solidária e decorre da amplitude do conceito legal de poluidor (inteligência do art. 3º, inciso IV, da Lei 6.938/1981), sendo facultativa a formação de litisconsórcio.

#### **4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL**

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito difuso, de caráter transindividual, porque pertencente a todos indistintamente. Não por outra razão que o art. 225, *caput*, enuncia que “todos têm

direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

E por tal motivo é tutelável por meio de ação civil pública, nos termos do art. 1º, inciso I, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Não se pode olvidar, outrossim, que a natureza difusa do meio ambiente autoriza sua tutela inclusive por meio de ação popular, vale dizer, qualquer cidadão, tomando ciência de alguma conduta degradante ao meio ambiente, tem legitimidade para postular em juízo a reparação da degradação ambiental.

A legitimidade para a ação civil pública, contudo, é restrita aos órgãos e entidades arrolados no art. 5º da Lei 7.347/1985, com redação das Leis 11.448/2007 e 13.004/2014, a saber:

(i) Ministério Público, admitido o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 5º, § 5º, Lei 7.347/1985)<sup>3</sup>;

(ii) Defensoria Pública;

---

3 Nesse sentido confira: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE CONSUMIDORES, AINDA QUE DISPONÍVEIS. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E FEDERAL. AMPARO LEGAL: § 5º DO ART. 5º DA LEI N. 7.347/1985, EM VIGOR. IMPOSSIBILIDADE DO LITISCONSÓRCIO NO CASO. 1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública destinada à defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores, ainda que disponíveis, pois se está diante de legitimação voltada à promoção de valores e objetivos definidos pelo próprio Estado. 2. A tutela efetiva de consumidores possui relevância social que emana da própria Constituição Federal (arts. 5º, XXXII, e 170, V). 3. O veto presidencial ao parágrafo único do art. 92 do Código de Defesa do Consumidor não atingiu o § 5º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, inserido por força do art. 113 do CDC, que não foi vetado. 4. A possibilidade, em tese, de atuação do Ministério Público Estadual e do Federal em litisconsórcio facultativo não dispensa a conjugação de interesses afetos a cada um, a serem tutelados por meio da ação civil pública. A defesa dos interesses dos consumidores é atribuição comum a ambos os órgãos ministeriais, o que torna injustificável o litisconsórcio ante a unicidade do Ministério Público, cuja atuação deve pautar-se pela racionalização dos serviços prestados à comunidade. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (BRASIL, STJ, REsp 1.254.428/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, 2016).

(iii) União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

(iv) autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

(v) associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Dentre os legitimados, importante lembrar que o Ministério Público é o único legitimado universal para pleitear, em ação civil pública, a tutela dos direitos transindividuais. A propósito, urge esclarecer que até mesmo direitos individuais disponíveis podem ser perseguidos pelo *Parquet*, desde que sejam dotados de repercussão social (BRASIL, STJ, REsp 1.051.306/MG, rel. para acórdão Min. Herman Benjamin, 2010). A título de exemplo, pode-se citar a tutela de direitos dos segurados do DPVAT, que autoriza a intervenção do Ministério Público no polo ativo de ação civil pública, consoante a jurisprudência do STF, firmada em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, valendo conferir, no que interessa ao presente trabalho:

[...] Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei 6.194/74, alterada pela Lei 8.441/92, Lei 11.482/07 e Lei 11.945/09) -, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações. A hipótese guarda semelhança com outros direitos individuais homogêneos em relação aos quais - e não obstante sua natureza de direitos divisíveis, disponíveis e com titular determinado ou determinável -, o Supremo Tribunal Federal considerou que sua tutela se revestia de interesse social qualificado, autorizando, por isso mesmo, a iniciativa do Ministério Público de, com base no art. 127 da Constituição, defendê-los em juízo mediante ação coletiva (BRASIL, STF, RE 631.111/GO, rel. Min. Teori Zavascki, 2014).

Interessante anotar, por outro lado, que a legitimidade da Defensoria Pública foi expressamente consagrada com o advento da Lei 11.448/2007, que foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar, em 07 de maio de 2015, a ADI 3.943/DF, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia.

Aliás, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Zaneti Jr. lembram que mesmo antes deste marco normativo havia entendimento doutrinário no sentido de que a Defensoria Pública poderia promover a ação civil pública na qualidade de representante de associação de moradores com a finalidade de coibir dano ambiental, hipótese em que a petição inicial teria “a associação de moradores como representada em juízo pelo Defensor Público subscritor da peça” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 198-199).

No mais, o procedimento é diferenciado, destacando-se as seguintes particularidades procedimentais: (a) possibilidade de concessão de tutela provisória, incluindo a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer (art. 4º); (b) as condenações em dinheiro reverterem para um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participará necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados (art. 13); (c) a sentença fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator (art. 16); (d) os recursos não tem efeito suspensivo automático (*ope legis*), podendo o magistrado concedê-lo para evitar dano irreparável à parte (art. 14); (e) não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e/ou quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais (art. 18).

## **5 DENUNCIÇÃO DA LIDE EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL**

Embora trace um procedimento especial, idôneo à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a Lei 7.347/1985 não exaure todos os institutos processuais. Tanto que o art. 21 da Lei 7.347/1985 determina a incidência, no que for cabível, das disposições do Título III do Código de Defesa do Consumidor. Além disso, o art. 19 do mesmo diploma legal prevê a aplicação do CPC às ações civis públicas, naquilo que não contrarie suas disposições.

A integração das lacunas da Lei 7.347/1985 deve observar, primeiramente, as disposições específicas de diplomas que tratam de ações coletivas, que formam um microsistema, a exemplo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e das Leis 4.717, de 29 de junho de 1965 (ação popular) e 12.016, de 07 de agosto de 2009 (mandado de segurança), dentre outras.

Isso significa que o intérprete deve buscar nas regras específicas deste microsistema as normas para o suprimento de lacunas, aplicando-se o Código de Processo Civil apenas supletivamente (interpretação teleológica do art. 19 da Lei 7.347/1985).

Pois bem, é indiscutível que a Lei 7.347/1985 e os principais diplomas legais integrantes do microsistema de tutela coletiva são omissos em relação ao cabimento da denúncia da lide. Não é possível, entretanto, afirmar prontamente que a referida intervenção de terceiro é cabível nas demandas coletivas, porque é preciso investigar a compatibilidade do instituto com as ações civis públicas de reparação de danos ambientais.

A denúncia da lide é modalidade de intervenção de terceiros provocada, na qual o réu chama o terceiro (denunciado), que mantém vínculo de direito com a parte (denunciante), para que responda pela garantia do negócio jurídico, caso o denunciante seja vencido na demanda (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 559), sendo admissível:

(i) ao alienante *imediato*, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam; (ii) àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em *ação regressiva*, o prejuízo de quem for vencido no processo (art. 125, CPC).

No caso da responsabilidade civil ambiental, como visto alhures, o autor pode demandar qualquer um dos responsáveis, os quais, uma vez satisfeita a obrigação, sub-rogam-se nos direitos do credor e, por conseguinte, podem agir em regresso contra os demais agentes, de modo que, formalmente, a situação se adequaria ao permissivo do inciso II do art. 125.

No entanto, a questão não é tão simples, havendo divergência quanto a possibilidade de aplicação do art. 125, inciso II, do CPC à ação civil pública ambiental. É que a denúncia introduziria fundamento novo na lide, a discussão da culpa do terceiro, o que seria incompatível com a ação civil pública por danos ambientais, que se funda na responsabilidade objetiva pelo risco integral. Além disso, a relevância do direito litigioso, meio ambiente ecologicamente equilibrado, merece um tratamento privilegiado, relegando para um segundo plano a tutela do direito do responsável.

Assim pensa Nélson Nery Junior *et al*, para quem “quando fundada na responsabilidade objetiva do réu, não cabe a denúncia da lide, que importaria em introduzir fundamento novo (causa de pedir) estranho à demanda principal, em detrimento do direito do autor” (NERY JÚNIOR; ANDRADE NERY, 2016).

Em sentido oposto, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., na mesma linha de Ada Pellegrini Grinover, entendem que, se não houver fundamento novo que inviabilize ou torne excessivamente difícil a tutela coletiva, caberá denúncia da lide. E exemplificam com a possibilidade de município demandado sozinho por questões de saúde pública exercer sua pretensão regressiva contra o Estado ou União, por não ter repassado as verbas respectivas (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 229-230).



Importante acrescentar que o legislador do CPC de 2015 entendeu por bem acabar com a obrigatoriedade da denunciação da lide, seguindo a tendência da jurisprudência que já vinha mitigando o rigor do art. 70, *caput*, do CPC de 1973. Significa, pois, que a ausência de denunciação da lide não importa em perda do direito de regresso, mas tão somente um ônus da parte, que, se não o exercer, somente poderá veicular sua pretensão regressiva em ação autônoma. Enfim, “isso quer dizer que a não denunciação da lide implica apenas preclusão do direito de valer-se deste instrumento processual; não há, enfim, perda do direito de regresso pela não denunciação da lide” (DIDIER JR., 2015, p. 494).

É bem verdade que a denunciação da lide propicia a prestação de uma tutela jurisdicional mais célere e menos burocrática, aproveitando os atos processuais praticados, enquanto a ação civil pública de reparação de danos ambientais busca garantir a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reprimindo condutas abusivas. Na resolução do conflito, deve preponderar a efetividade da tutela do meio ambiente com a vedação à denunciação da lide; até porque eventuais prejuízos da parte são tuteláveis por meio de ação autônoma.

## **6 PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL**

A jurisprudência do STJ registra precedente no sentido do descabimento da denunciação da lide na ação civil pública por dano ambiental, valendo conferir sua ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL.

1. É parte legítima para figurar no pólo passivo da Ação Civil Pública a pessoa jurídica ou física apontada como tendo praticado o dano ambiental.

2. A Ação Civil Pública deve discutir, unicamente, a relação jurídica referente à proteção do meio ambiente e das suas conseqüências pela violação a ele praticada.

3. Incabível, por essa afirmação, a denunciação da lide.
4. Direito de regresso, se decorrente do fenômeno de violação ao meio ambiente, deve ser discutido em ação própria.
5. As questões de ordem pública decididas no saneador não são atingidas pela preclusão.
6. Recurso especial improvido. (BRASIL, STJ, REsp 232.187/SP, 2000).

No mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEIO AMBIENTE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DENUNCIÇÃO DA LIDE - Descabimento - Indevida ampliação do objeto litigioso, que no caso resume-se à proteção ambiental - Decisão mantida - Recurso desprovido (SÃO PAULO, TJ, AI 0544474-53.2010.8.26.0000, rel. Des. João Negrini Filho, 2011).

Igualmente o Tribunal de Justiça do Paraná:

DENUNCIACAO A LIDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESCABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. Se o próprio acionado reconhece que os terceiros que contribuíram para os danos ecológicos seriam solidariamente responsáveis pela reparação, não há como admitir-se a pretendida denunciação a lide, tratando-se na realidade, de litisconsórcio facultativo, caso em que não há incidência do art. 70, III, do CPC [art. 125, II, CPC/2015]. (PARANÁ, TJ, AI 0051340-8, rel. Des. Fleury Fernandes, 1996).

Verifica-se, portanto, que a tendência da jurisprudência é de interpretar restritivamente o art. 125, inciso II, CPC de 2015, afastando-o do âmbito da ação civil pública de responsabilidade civil ambiental.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A ação civil pública é importante mecanismo para a tutela de bens difusos, coletivos e individuais homogêneos, incluindo o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é bem de uso comum do povo.

Tratando-se de demanda que busca a responsabilização de agentes causadores de dano ambiental, será desnecessária a comprovação de culpa do agente porque a responsabilidade nesse caso é objetiva. Além disso, havendo pluralidade de responsáveis, a demanda poderá ser direcionada contra qualquer um, que terá direito de regresso contra os demais.

No âmbito da tutela do meio ambiente não é cabível a denunciação da lide, na medida em que incluiria fundamento novo à demanda e dificultaria a tutela do bem jurídico. Nesse caso, prepondera o interesse na efetivação do meio ambiente, que é direito fundamental de terceira geração, ficando a celeridade em segundo plano.

Não houve modificação em tal panorama com o advento do novo CPC. Muito ao contrário, a não obrigatoriedade da denunciação da lide, expressamente consagrada pela nova Codificação, reforça a tese de descabimento na seara ambiental, porque o terceiro poderá ser acionado em ação regressiva autônoma.

## **DENUNCIATION OF LIDE IN A PUBLIC CIVIL OF ACTION CIVIL LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL DAMAGES**

### **ABSTRACT**

*The present text dealt with the denunciation of the lide in the civil actions public of civil responsibility for environmental damages, starting from the analysis of the material right. In this scenario, it was verified that the civil liability for environmental damages is objective and solidary, which authorizes those legitimated for the public civil action to demand any of those responsible for the abusive conduct, who have the right to return against the others. In the individual procedural plane, the defendant can exercise its regressive pretension in autonomous action or postulate it by denouncing the lide; In the public environmental civil action, there is controversy about the adequacy of the denunciation of*

*the lide, prevailing the thesis of its disregard, including in the jurisprudence. The new CPC maintained the responsibility of denouncing the litigation in civil liability actions and finally buried the discussion about its obligatoriness. Thus, it did not resolve the controversy, but strengthened the understanding contrary to its incidence in the public civil action of civil liability for environmental damages.*

**Keywords:** *Public civil action. Environmental damage. Denunciation of the dispute. New CPC.*

## REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.114.893/MG**, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin. Diário de Justiça Eletrônico, 28 fev. 2012.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 884.150/MT**, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico, 07 ago. 2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.254.428/MG**, 3ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha. Diário de Justiça Eletrônico, 10 jun. 2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.254.428/MG**, 3ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha. Diário de Justiça Eletrônico, 10 jun. 2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 232.187/SP**, 1ª T., rel. Min. José Delgado. Diário de Justiça, 08 maio 2000, p. 67.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 631.111/GO**, Plenário, rel. Min. Teori Zavascki. Diário de Justiça Eletrônico, 30 out. 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único: inteiramente estruturado à luz do novo CPC. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 04: Processo Coletivo**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Vol. III: Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado** [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PARANÁ, TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AI 0051340-8**, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Fleury Fernandes. 08 nov. 1996.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AI 0544474-53.2010.8.26.0000**, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, rel. Des. João Negrini Filho. Diário de Justiça, 10 fev. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 01: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 55ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: Artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

# Conceito e Natureza Jurídica do Femicídio<sup>1</sup>

Ythalo Frota Loureiro<sup>2</sup>

## RESUMO

O feminicídio é crime de homicídio qualificado de natureza objetiva, cometido contra mulher, por razões da condição de sexo feminino. O feminicídio foi criado para combater a violência doméstica e familiar contra a mulher e o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher. O feminicídio resulta da ideologia de que o machismo e o poder se sobressaem como instrumentos de dominação e subjugação da mulher pelo homem. O Brasil é um dos países que mais se matam mulheres no Mundo. O feminicídio é circunstância de natureza objetiva por se tratar de situação ou qualidade pessoal da mulher. O feminicídio não se confunde com os motivos do crime, pois se trata de violência estrutural e institucionalizada. O Ministério Público deve incorporar a perspectiva de gênero nos casos de feminicídio para reforçar a efetividade da Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 2006).

**Palavras-chaves:** *Femicídio. Ministério Público. Tribunal do Júri.*

## 1 INTRODUÇÃO

O feminicídio é uma modalidade de homicídio qualificado criada pela Lei 13.104, de 9 de março de 2015. O feminicídio ocorre quando o crime envolve violência doméstica e familiar; ou menosprezo ou

<sup>1</sup> Data de recebimento: 18/05/2017. Data de aceite: 02/06/2017.

<sup>2</sup> Membro do Ministério Público do Estado do Ceará. Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Ceará. Titular da 4ª Promotoria de Justiça do Júri da Comarca de Fortaleza/Ce. E-mail: ythalo.loureiro@mpce.mp.br.

discriminação à condição de mulher<sup>3</sup>.

A Lei 13.104/2015 ainda estabeleceu o aumento de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto. O aumento vale também quando o crime for praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; e quando cometido na presença de descendente ou de ascendente da vítima<sup>4</sup>. O aumento de pena é devido a circunstâncias que nitidamente tornam mais grave a conduta, impedindo que o julgador possa realizar interpretações “solipsistas”, obrigando-o a aplicar punição mais gravosa.

A nova lei ainda alterou o art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para estabelecer o feminicídio como crime hediondo, portanto, sujeito a regime de cumprimento de pena diferenciado e mais gravoso<sup>5</sup>.

Ocorre que estas informações extraídas da lei não esclarecem, em sua totalidade, os motivos para criação do feminicídio e, tão pouco, o seu conceito e sua natureza jurídica.

Como se verá, a ausência de estudos mais aprofundados sobre o assunto tem levado juristas e manualistas a realizarem premissas e conclusões equivocadas. Objetivamos assim, discorrer acerca do feminicídio, seu conceito e natureza jurídica, e a importância de seu estudo no combate à violência de Gênero.

3 Art. 121, §2º-A, incisos I e II, do Código Penal.

4 Art. 121, §7º, incisos I, II e III, do CP

5 Em verdade, como defendem Saporì e Soares (2014), a legislação brasileira não pune com severidade o homicida, dado que o tempo de aprisionamento máximo (20 anos) é muito baixo em relação a expectativa e vida de 73 anos de idade. Para eles, “Punir os homicidas com a *devida* severidade é fundamental para institucionalizar uma cultura de paz no Brasil. Porém, o custo de assassinar é muito baixo no Brasil, mesmo quando o culpado é identificado, indiciado, julgado, condenado e preso, uma raridade. Esse fato contribui para disseminação da violência. Os impulsos agressivos dos indivíduos encontram um contexto favorável, em que a punição é relativamente branda.” (SAPORI;SOARES, 2014, p.96). Assim, o combate a criminalidade, e, em especial, ao crime de homicídio, é uma medida que vai além da própria punição, mas demanda o aumento dos índices de descoberta de autoria, o processamento e o julgamento dos processos em tempo razoável, para que o sistema criminal recupere sua capacidade de dissuadir a prática de homicídios. Em se tratando de *feminicídios*, suas peculiaridades demandam estratégias ainda mais específicas e mais sofisticadas, pois, como se verá mais adiante, se trata de crime mais ligado a favores culturais e psicológicos, como o machismo e a misoginia.



## 2 JUSTIFICATIVA PARA CRIAÇÃO DO FEMINICÍDIO

O feminicídio é resultado do Projeto de Lei do Senado nº 292, de 2013<sup>6</sup>. A redação original estabelecia o feminicídio como homicídio cometido contra a mulher por razões de gênero feminino. A expressão “por razões de gênero feminino” foi substituída “por razões da condição de sexo feminino”, durante a tramitação do projeto na Câmara dos Deputados<sup>7</sup>, alcançando, assim, sua redação final.

Apesar de ter desagradado aqueles que defendiam a manutenção da expressão “por razões de gênero feminino”, a redação final (“em razão da condição de sexo feminino”) não prejudica os objetivos do projeto. Pelo contrário, a redação final torna mais fácil a compreensão do feminicídio pelos jurados e juízes leigos, dos quais não se exige conhecimentos jurídicos e técnicos aprofundados. A expressão “gênero feminino” poderia causar mais dificuldades no momento de explicar e perplexidades no momento de compreender.

De qualquer modo, a definição da expressão utilizada na redação é estabelecida no art. 121, §2º-A, do Código Penal, ou seja, quando envolver violência doméstica e familiar, ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. O crime de homicídio contra a mulher fora destas situações não configurará o feminicídio, tornando-o objetivamente compreensível, inclusive em atendimento ao princípio

---

6 Segundo a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará, assinada na 34ª Sessão da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 6 de setembro de 1994, o Brasil se obrigou a “incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis” (art. 7, letra “c”). Em se tratando de matéria penal, a primeira norma relevante (chamada de primeira geração) foi introduzida pela Lei 10.455, de 13/05/2002, que introduziu na redação ao art. 69, parágrafo único, da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099, de 1995), ao determinar que “Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.” Esta norma seguiu a importantes modificações em diversas normas do Código Penal, introduzidas pela Lei 11.106, de 2005, “retirando da legislação expressões que remetiam à honra da mulher” e determinando a “revogação da causa de extinção da punibilidade referente ao casamento da vítima nos crimes sexuais.” (SCARANCA FERNANDES, 2015, p. 15). A norma de “segunda geração” foi a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 2006), que, até hoje, serve como um microsistema de proteção à mulher vítima de violência doméstica. A norma de terceira geração é justamente a Lei 13.104, de 9 de março de 2015, que criou o crime de feminicídio.

7 Projeto de Lei nº 8305, de 2014.

da legalidade ou da reserva legal, em Direito Penal<sup>8</sup>.

O agressor pode ser o marido, companheiro, parente, amigo, conhecido, ou namorado da mulher<sup>9</sup>, contanto que seja integrante da unidade doméstica, com ou sem vínculo familiar. No âmbito familiar, as pessoas podem ser ou podem se considerar aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; ou que tenham ou tivessem tido relação íntima com a mulher, independentemente de coabitação.<sup>10</sup> De outra forma, o indivíduo desconhecido da mulher, que realiza homicídio por misoginia, comete crime de feminicídio. Nada impediria que uma mulher fosse autora de crime de feminicídio, desde que do fato se extraia situação de violência doméstica contra a mulher ou misoginia.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 2006) estabeleceu que as relações pessoais de violência contra a mulher independem de orientação sexual.<sup>11</sup> Como bem definiu o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1183378/RS), “as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto”. Portanto, nada impediria que uma mulher, numa relação homoafetiva, pudesse responder por crime de feminicídio.

Por sua vez, a vítima de feminicídio deve ser mulher, inclusive em relação homoafetiva. A divergência pode ocorrer quando a vítima é “homossexual masculino”, em especial, quando se trata de transsexual, que não se reconhecem no seu sexo biológico e assumem inteiramente o estado psicológico feminino. Existe uma tendência

8 O subprincípio da legalidade ou da reserva legal exige que os tipos penais estejam bem definidos, de forma suficientemente clara, em atendimento ao princípio *nullum crimen nulla poena sine lege certa*. Por este mesmo motivo, fez-se necessário um parágrafo específico (§2º-A, do art. 121, do CP) para explicar e definir melhor o que é a expressão “em razão da condição de sexo feminino”. O feminicídio é a única qualificadora de crime de homicídio que possui um parágrafo próprio.

9 O Superior Tribunal de Justiça o namoro como uma relação íntima de afeto que independe de coabitação, portanto, aplicável a Lei Maria da Penha (REsp 1416580/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 15/04/2014) e, consecutivamente, a lei que prevê o feminicídio.

10 Art. 5º, da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 2006)

11 Art. 5º, parágrafo único: “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

de se adotar um critério jurídico, ou seja, somente pode ser considerado mulher quem assim comprova esta condição na certidão de nascimento.<sup>12</sup> Ocorre que caso haja situações em que seja impossível deixar de reconhecer que a vítima transsexual ou transgênero tenha assumido, de fato, atitude psicológica e aparência femininas, de modo que o sexo masculino registrado em cartório não passe de um fato pouco relevante, o juiz teria que reconhecer a vítima transsexual como mulher, ainda que tenha nascido no corpo masculino, para fins de aplicação do feminicídio? Não há uma resposta fácil, pois o que define mulher não é apenas o órgão feminino (sexo biológico), mas, sobretudo, o papel que o indivíduo desempenha nas relações de gênero.

O homicídio contra mulheres, em geral, possui características próprias, quando é relacionado à violência doméstica e familiar e à violência sexual. O crime cometido em razão do gênero feminino se destaca pelos motivos e pelos modos de execução.

Em geral, os autores deste tipo de delito preferem mutilar e desconfigurar suas vítimas, lesionando o rosto, os seios e os órgãos sexuais. Os agressores preferem o emprego de meios cruéis ou degradantes, visando aumentar, de forma desnecessária, o sofrimento das vítimas. Segundo dados coletados por Waiselfisz (2015), enquanto que, em homicídios praticados contra homens, prepondera o uso de arma de fogo (73,21% dos casos), nos feminicídios, essa incidência é bem menor (48,8% dos casos), pois há “concomitante aumento de estrangulamento/sufocação, cortante/penetrante e objeto contundente, indicando maior presença de crimes de ódio ou por motivos fúteis/banais.” (WASELFSZ, 2015, p. 41).

De fato, os agressores possuem uma preferência por meios que causem profundo sofrimento à vítima, como é o caso de: pedradas,

---

12 Greco (2017, p. 41-44) e Bitencourt (2017, p. 99-100) defendem que o critério jurídico deve ser o adotado. Por sua vez, a COPEVID editou o Enunciado nº 30 (001/2016): “A Lei Maria da Penha pode ser aplicada a mulheres transexuais e/ou travestis, independentemente de cirurgia de transgenitalização, alteração do nome ou sexo no documento civil.” (Aprovado na I Reunião Ordinária do GNDH em 05/05/2016 e pelo Colegiado do CNPG em 15/06/2016). Assim, a questão ainda é polêmica.

uso de fogo<sup>13</sup>, pauladas<sup>14</sup>, agressões contundentes em que o agente bate a cabeça da vítima por diversas vezes contra muro<sup>15</sup>, facadas em número excessivo<sup>16</sup>, emprego de veneno<sup>17</sup>, agressões em que o agente esgana e obriga a vítima a ingerir veneno e água sanitária.<sup>18</sup>

Os argumentos de que há diferença entre femicídio e feminicídio e de que o legislador deveria ter mantido a expressão “por razões de gênero feminino não convencem”. O femicídio é o homicídio de mulher, enquanto que o feminicídio é o homicídio de mulher por razões de gênero. Na prática, como a maior parte dos homicídios de mulheres envolvem violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação ao sexo feminino (misoginia), os termos femicídio e feminicídio são empregados de forma indistinta ou intercambiante.

Foi intenção do Projeto de Lei do Senado nº 292, de 2013 definir o feminicídio como circunstância objetiva, em razão da situação e da condição pessoal da vítima. Como orienta Vasconcelos (2006, p. 50), “O que se tentará encontrar, na busca da natureza da norma

13 “Caso em que o paciente é acusado e foi pronunciado pela prática de homicídio triplamente qualificado praticado contra sua vizinha que contava com 17 anos, levando-a em seu veículo até um local ermo, oportunidade em que arrastou a ofendida até uma gruta, onde passou a perpetrar agressões físicas brutais contra o rosto dela, causando-lhe diversas lesões e fraturas cranianas, ensejadoras de intenso sofrimento e morte, após o que, encharcou o corpo da vítima com um galão de gasolina que trazia no carro e ateou fogo, carbonizando e quase destruindo o cadáver, tudo, ao que parece, motivado pela insatisfação com o fato da vítima não ter acolhido suas investidas amorosas” (STJ, HC 342.660/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, Dje 28/06/2016)

14 “Hipótese em que a segregação provisória está fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito, evidenciada pelo *modus operandi* empregado pelo agente na prática da conduta criminosa, uma vez que solicitou o retorno da vítima para sua cidade sob a justificativa de que queria ver seu filho e teria lhe aplicado pauladas na cabeça, demonstrando frieza e crueldade.” (STJ, RHC 52.480/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/02/2015, Dje 03/03/2015)

15 “Na hipótese, o recorrente bateu a cabeça de sua companheira, por diversas vezes, contra um muro, causando-lhe traumatismo craniano e deixando-a à própria sorte, evadindo-se do local dos fatos. 3. O juiz de primeiro grau demonstrou a necessidade da prisão preventiva para garantir a ordem pública, ante a evidenciada periculosidade do recorrente, pelo modo com que teria perpetrado grave delito contra a vida.” (STJ, RHC 50.304/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/02/2015, Dje 23/02/2015)

16 “No presente caso, a prisão cautelar foi decretada em razão da periculosidade do recorrente, revelada pelo modo como o crime foi praticado - por motivo torpe, o acusado desferiu o número excessivo de 22 (vinte e duas) facadas contra a própria amante -, razão suficiente para manter a medida constritiva da liberdade para a garantia da ordem pública.” (STJ, RHC 42.370/MG, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 14/10/2014, Dje 24/10/2014)

17 RHC 49.204/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2014, Dje 25/09/2014

18 RHC 81.317/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, Dje 29/03/2017.

jurídica, é precisamente a nota que responde por sua existência". O projeto de lei que criou o feminicídio é fruto da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional sobre a Violência contra a Mulher no Brasil (CPMIVCM) realizado em 2012. O novo tipo penal teve como objetivo assegurar que o homicídio praticado contra a mulher por razões de gênero fosse considerado crime de Estado. O Projeto visou combater as interpretações jurídicas anacrônicas, tais como as que reconhecem a violência contra a mulher como crime passional. Apesar deste esforço, a redação final do crime de feminicídio não deixa inteiramente clara a natureza objetiva que buscou estabelecer. Assim, faz-se necessárias considerações aprofundadas sobre o assunto.

Apesar de algumas divergências, fruto de uma compreensão apressada e confusa acerca do assunto<sup>19</sup>, os melhores argumentos indicam que o feminicídio é circunstância de natureza objetiva. Nucci (2017), um dos juristas mais influentes, entende que o feminicídio é qualificadora de natureza objetiva. Para ele o feminicídio:

(...) se liga ao gênero da vítima: ser mulher (...) o agente não mata a mulher por ela é mulher, mas o faz por ódio raiva, ciúme, disputa familiar, por sadismo, enfim, motivos variados, que podem ser torpes ou fúteis, podem inclusive ser moralmente relevante. (NUCCI, 2017, p. 768).

Em outros termos, o feminicídio é circunstância que vai além dos motivos do crime. Isto somente é possível se o feminicídio for definido e encarado como circunstância de natureza objetiva, a fim de evitar confusão conceitual. De fato, o feminicídio se destaca como qualificadora própria, que não pode ser confundida com as demais

---

<sup>19</sup> Cunha e Pinto (2015, p. 483) e Capez (2017, p. 89) entendem que feminicídio é circunstância de natureza subjetiva. Contudo, sem aprofundamento, como se ver no presente trabalho, feminicídio não se confunde com motivo.

circunstâncias qualificadoras: os motivos (torpe<sup>20</sup> ou fútil<sup>21</sup>), os meios (emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar em perigo comum), os modos (à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima), e os fins (para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime)<sup>22</sup>. Não haveria sentido em se criar uma circunstância que qualificasse o homicídio como crime hediondo, se sua definição legal já pudesse ser extraída de outra circunstância qualificadora. Interpretação em sentido contrário demandaria muitas dificuldades, pois a violência doméstica e familiar contra a mulher já constava como circunstância agravante no Código Penal<sup>23</sup>, portanto, o feminicídio teve como efeito prático transformar um crime de natureza simples em qualificado, reforçando o combate a violência contra mulher.

O feminicídio é mais familiar ao sistema de proteção previsto na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 2006), que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Assim, faz-se necessário o aprofundamento de seu conceito e de sua natureza jurídica, como se dará a seguir.

---

20 Torpe, motivo que qualifica o crime de homicídio (art. 121, §2º, inciso I, do CP), significa procedimento ignóbil, vergonhoso, repugnante sórdido, crime praticado por sujeitos não capacitados a viver uma sociedade harmônica. FEU ROSA define como motivo torpe “aquele que se contrapõe ostensivamente às mínimas regras éticas e morais da sociedade, que afronte os bons costumes, que imprime ao crime, além do aspecto reprovável normal, o caráter de baixa e indignidade” (1995, pág. 74). Para DAMÁSIO DE JESUS “motivo torpe é o moralmente reprovável, demonstrativo de depravação espiritual do sujeito. Torpe é o motivo abjeto, desprezível.” (1998, pag. 67). Para NUCCI, “torpe é atribuído do que é repugnante, indecente, ignóbil, logo, provocador de excessiva repulsa na sociedade”. (2015, pág. 617).

21 Motivo fútil, sinônimo de banal, insignificante, frívolo, sem importância, sem valor. Para Hungria (1953, p. 159), fútil é o motivo que, “pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime. Ele traduz o egoísmo intolerante, prepotente, mesquinho, que vai até a insensibilidade moral” Nucci (2015, pág. 617) ensina que fútil “[...] significa que a causa fomentadora da eliminação da vida alheia calçou-se em elemento insignificante se comparado ao resultado provocado [...] é a flagrante desproporção entre o motivo e o resultado obtido”.

22 Podem ser definidas como circunstâncias de natureza *subjetiva* as qualificadoras previstas nos incisos I, II e V do §2º, do art. 121, do CP (motivos e fins). Por sua vez, as qualificadoras de natureza *objetiva* são aquelas previstas nos incisos III e IV e VII do §2º, do art. 121, do CP (meios, modos e praticado contra agentes de segurança).

23 Art. 61, inciso II, letra f, do CP: “ter o agente cometido o crime com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica.”

### 3 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO

O feminicídio resulta da ideologia de que o machismo e o poder se sobressaem como instrumentos de dominação e de subjugação. Trata-se de um crime de ódio, semelhante ao racismo e ao genocídio, crimes que se dirigem a categorias com método despersonalizado. Como ensina Eluf (2014):

Em uma primeira análise, superficial e equivocada, poderia parecer que a paixão, decorrente do amor, tornaria nobre a conduta do homicida, que teria matado por não suportar a perda de seu objeto de desejo ou para lavar sua honra ultrajada. No entanto, a paixão que move a conduta criminosa não resulta do amor, mas sim do ódio, da possessividade, do ciúme ignóbil, da busca da vingança, do sentimento de frustração aliado à prepotência, da mistura de desejo sexual frustrado com rancor. (ELUF, 2014, p. 157).

O homicídio pode ser motivado por impotência, ciúme, egocentrismo, possessividade, prepotência e até vaidade<sup>24</sup>, mas somente é feminicídio se é praticado em razão do gênero feminino. São motivos comuns para o feminicídio o término de relacionamento<sup>25</sup> (ou negativa em reatar o relacionamento<sup>26</sup>), a rejeição amorosa<sup>27</sup> ou conjugal<sup>28</sup>, discussão em meio a bebidas alcoólicas<sup>29</sup>, adultério<sup>30</sup>, etc. Certo que o *feminicista* não mata por amor, contudo, raramente o crime de homicídio não é um crime de ódio. Assim, a nota que diferencia o homicídio do feminicídio é justamente o que define este último: crime

24 Segundo Fernandes (2015, p. 69), o “perfil do homem que pratica feminicídio é de alguém autocentrado, egoísta e muitas vezes com baixa autoestima. Mata não por amor, mas por um sentimento de posse e por sua reputação.”

25 STJ, HC 344.969/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 07/03/2016

26 STJ, HC 342.660/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016

27 STJ, HC 303.542/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016

28 STJ, RHC 41.071/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 05/02/2014

29 STJ, RHC 75.775/RO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 04/11/2016

30 STJ, REsp 203.632/MS, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2001, DJ 19/12/2002, p. 454

praticado contra a mulher, em razão de uma violência que possui caráter institucional, em que há uma “relação assimétrica de poder, com dominação do homem e submissão da mulher (...) violência, em razão do gênero, é exercida simplesmente porque o agressor é homem e a vítima é mulher.” (FERNANDES, 2015, p. 239).

Com muito humor e sabedoria, Veríssimo (2015, p. 10-11) sentenciou que o “Homem não tem ciúmes por amar. Ciúmes não é uma questão entre o homem e a pessoa que ama. Ou é, mas a pessoa que ele ama é ele mesmo. Ciúmes é sempre entre o homem e ele mesmo.”<sup>31</sup> O ciúme é um sentimento humano, portanto, pode ser nobre ou cruel.

Quando o homem mata a mulher por ciúmes, o faz por motivos que podem ser fúteis ou torpes, ou que podem ter resultado de uma injusta provocação da vítima, que por sua vez, podem ou não constituir homicídio privilegiado<sup>32</sup> ou atenuante de violenta emoção.<sup>33</sup> Podem constituir tão somente um injusto penal, sem causas de aumento ou diminuição de pena.<sup>34</sup> O mesmo se aplicaria se o crime de

---

<sup>31</sup> O *feminicista* normalmente alega *questões de honra* para justificar seu delito contra a mulher, como se a honra pudesse ser restituída com o sangue e a vida da vítima. Contudo, o crime de honra é uma falácia, um *mito processual*, que visa justificar o injustificável. Não há como recuperar honra, eis que o crime já é desonra. Fernandes (2016, p. 276), com seu humor peculiar, ao comentar sobre honra ferida, contou o que um homem desonrado disse: “Declarou com toda a dignidade: ‘Admito perder tudo, menos a honra!’ E continuou procurando.”

<sup>32</sup> Art. 121, §1º, do CP. O homicídio privilegiado ocorre quando o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Na magistral lição de Feu Rosa (1995, p. 66), “o homicídio privilegiado requer a existência de um fato qualquer capaz de comover o indivíduo normal, tornando-o exaltado e fazendo-o perder os freios inibitórios. O agente fica possuído por estado emocional incontrollável, que o conduz ao crime”. Mirabete (1999, p. 648) adverte que “não caracteriza a causa de redução da pena no chamado homicídio passional, e ela só ocorrerá se preencher os requisitos apontados para o homicídio emocional. A morte causada por ciúme ou vingança por abandono da pessoa amada não constitui, por si isso, homicídio privilegiado.” O homicídio privilegiado é enquadrado como crime de natureza subjetiva, portanto, incompatível com o homicídio qualificado de natureza subjetiva e, *contrário sensu*, é compatível com o homicídio qualificado de natureza objetiva, entre os quais, o *feminicídio*. Esta é a orientação do Supremo Tribunal Federal (HC 98265, Dje 13/05/2010) e do Superior Tribunal de Justiça (HC 199.602, Dje 24/03/2014, HC 171.652, Dje 23/10/2012 e HC 346.132/SP, Dje 01/04/2016).

<sup>33</sup> art. 65, inciso III, c, do CP.

<sup>34</sup> Antigamente imperava na jurisprudência brasileira o dogmatismo jurídico do tipo: “TJSP: ‘Nos casos em que o ciúme é mencionado como circunstância qualificadora, sempre é enquadrado como motivo fútil e não torpe’ (RT 691/310)” (MIRABETE, 1999 p. 655). A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça entende que: “O sentimento de ciúme pode tanto inserir-se na qualificadora do inciso I ou II do § 2º, ou mesmo no privilégio do § 1º, ambos do art. 121 do CP, análise feita concretamente, caso a caso.” (AgRg no REsp 1457054/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, Dje 29/06/2016). É bem verdade que o STJ já decidiu que “O ciúme, por si só, sem outras circunstâncias, não caracteriza o motivo torpe”, mas pode sê-lo em razão das peculiaridades do caso, do “despropósito da ação praticada bem como a



homicídio fosse praticado por um homem contra outro homem, de modo que é fácil concluir que o feminicídio pode ser motivado por ciúmes, mas não sofre alteração em razão da natureza dos ciúmes. Os ciúmes que um homem sente por outro não possui o mesmo significado, *status* familiar ou social que os ciúmes que um homem sente por uma mulher, portanto, estas duas situações não podem ser tratadas da mesma forma.

Os ciúmes, sentimento tão natural entre casais, pode ser até desejável, mas quando é utilizado para motivar um crime contra a mulher, raramente, deixa de ser censurável, podendo ser até torpe ou fútil, a depender de sua origem. De qualquer modo, a violência não combina com o amor, e não pode significar *defesa da honra*, pois o crime, por si só, já é desonra. Como bem definiu Lyra (1975):

O verdadeiro passionnal não mata. O amor é, por natureza e por finalidade, criador, fecundo, solidário, generoso. Ele é cliente das pretorias, das maternidades, dos lares e não dos necrotérios, dos cemitérios, dos manicômios. O amor, o amor mesmo, jamais desceu ao banco dos réus. Para os fins de responsabilidade, a lei considera apenas o momento do crime. E nele o que atua é o ódio. O amor não figura nas cifras da mortalidade e sim nas da natalidade; não tira, põe gente no mundo. Está nos berços e não nos túmulos (LYRA, 1975, p. 97).

O crime passionnal em que foi autor um homem e vítima outro homem pode significar uma disputa irracional, mas quando a vítima é mulher, já se busca saber se o homem teve motivo “justo” para fazê-lo. Em verdade, o crime *passional* é um *mito penal* que visa a suavização ou a inibição da responsabilidade criminal do agressor. Como ensina Casara (2015, p. 86), o “mito penal pode ser conceituado como o elemento do discurso que versa sobre o poder penal (ou seja, sobre o poder de atribuir respostas estatais às condutas etiquetadas

---

sua crueldade aviltante.” (HC 123.918/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009, Dje 05/10/2009). O ciúme pode ser torpe quando praticado por vingança e egoísmo (HC 145.399/MG, Rel. Ministro HAROLDO RÓDRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 16/09/2010, Dje 25/10/2010).

de delitos [...]”. Na tensão entre o poder penal e o *jus libertatis*, o crime passional funcionaria como instrumento útil ao estado de liberdade, pois tenciona para justificar o delito como ato de amor desequilibrado ou de sofrimento inescrutável, algo entre a inexibilidade de conduta diversa e a inimputabilidade penal. Enfim, um ato de paixão sem freios inibitórios. Trata-se de categoria mitológica que visa vivificar o ato criminoso como algo mais próximo de nobreza virtuosa ou de um infortúnio indesejável.

Não existem dificuldades de entender o feminicídio quando decorre de violência doméstica e familiar contra mulher, ou de feminicídio íntimo.<sup>35</sup> Dificuldades podem aparecer quando se tratar de feminicídio não íntimo, no qual o agressor não conhece a vítima, contudo a mata pelo fato de ser mulher (como seria o caso do estupro, seguido de homicídio). Trata-se do feminicídio por menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A COPEVID<sup>36</sup> entende a misoginia como circunstância de natureza objetiva, em face da situação e da condição pessoal da vítima. Em reunião realizada em 22/09/2015, foi aprovado o seguinte enunciado:

Enunciado nº 24 (006/2015): A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, §2º-A, inciso II, do Código Penal, possui natureza objetiva, em razão da situação de desigualdade histórico-cultural de poder, construída e naturalizada como padrão de menosprezo ou discriminação à mulher. (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH e pelo CNPG em 22/09/2015). (ENUNCIADOS..., 2017).

A situação de desigualdade histórico-cultural de poder entre homens e mulheres possui caráter objetivo. O ódio, o desprezo ou a repulsa contra a mulher, constituem violência institucionalizada. É, nitidamente, situação e condição pessoal da mulher vítima de violência. Isto merece uma reflexão sincera e autêntica. Não há dúvida

<sup>35</sup> O art. 7º da Lei nº 11.340 define as formas de violência: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. A agressão física mais grave é a morte da mulher.

<sup>36</sup> Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – COPEVID, vinculada ao Grupo Nacional de Direito Humanos do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União

de que a igualdade entre homens e mulheres, estabelecida pelo art. 5º, inciso I, da Constituição Federal (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”) não consegue refratar a realidade. A igualdade é desejável, contudo é irrealizável dentro de parâmetros ideais e universais.

É incontestável que há uma profunda desigualdade de oportunidades nos campos do emprego, da renda e da política. As mulheres sempre estão em desvantagens em relação aos homens. A construção do conceito de violência de gênero pressupõe uma análise de natureza objetiva, eis que acompanha a própria formação dos seres humanos e de suas gerações. As relações de poder entre homens e mulheres são necessariamente construções psicossociais. A formação do homem, em síntese, é de negação reiterada: “não sou uma menina, não sou minha mãe, enfim, não sou uma mulher”. Assim, o homem cria uma imagem da própria identidade como pessoa que não é uma mulher. A negação do gênero feminino traz, como consequência, a violência de gênero como construção social.

No contexto da construção da identidade de gênero é difícil sustentar que a misoginia se trata de motivo determinante, quando a construção dos significados e dos sentidos vai além do desejo próprio do indivíduo.

O desafio, assim, é rechaçar o suposto caráter subjetivo do feminicídio. É preciso repelir a ideia que a misoginia é um valor social e moral de natureza pessoal. É preciso fazer com que os operadores do Direito e os jurados do Tribunal do Júri compreendam que as razões de gênero não são particulares, mas assumidas de maneira individual pelo agressor em um contexto de violência estrutural e institucionalizada.

Por estas razões de caráter institucional, não é possível mais afirmar que o feminicídio seja de natureza subjetiva. Ainda é preciso colocar alguma luz sobre este assunto.

O Código Penal brasileiro foi diretamente inspirado pelo Código

Penal italiano (*Codice penale*, Decreto-Lei nº 1398, promulgado em 19/10/1930), que define como de natureza *objetiva* as “condições ou qualidades pessoais do ofendido.”<sup>37</sup> Do mesmo modo, Fragoso (1987, p. 343) e Jesus (1998, p. 59) entendem como de natureza objetiva “a situação ou a condição pessoal da vítima”<sup>38</sup> e a “qualidade da vítima”<sup>39</sup>. Assim, não se trata de nenhuma novidade. O que ocorreu logo após a publicação da lei que criou o feminicídio, foi um equívoco doutrinário (que ainda persiste) ao confundir feminicídio com motivo torpe ou fútil. Sabe-se porém, como visto, que feminicídio pode ocorrer sem que o homicídio tem sido motivado por torpeza ou futilidade, ou seja, o motivo não é móvel da violência de gênero, pois esta é de natureza objetiva, institucional e cultural.<sup>40</sup>

---

37 O art. 70, do Código Penal italiano descreve as circunstâncias *objetivas* e *subjetivas* nos seguintes moldes: “[...] para os efeitos da lei penal: 1) são circunstâncias objetivas as que concernem à natureza, à espécie, aos meios, ao objeto, ao tempo, ao lugar e a qualquer outra modalidade de ação, à gravidade do dano ou do perigo, ou às condições ou qualidades pessoais do ofendido; 2) são circunstâncias subjetivas as que concernem à intensidade do dolo ou do grau da culpa, ou às condições e qualidades do culpado, ou às relações entre o culpado e o ofendido, ou àquelas inerentes à pessoa do culpado” (BETTIOI, 2000, p. 448)

38 “As circunstâncias classificam-se em *subjetivas* e *objetivas*. As circunstâncias subjetivas ou pessoais são as que se referem aos motivos determinantes, à qualidade ou condição pessoal do agente, às suas relações com a vítima ou com os demais co-autores ou partícipes. As circunstâncias objetivas relacionam-se com os meios e modos de execução, o tempo, o lugar e a ocasião, a situação ou a condição pessoal da vítima e o objeto material do crime. Essa distinção entre circunstâncias subjetivas e objetivas é fundamental. Só as primeiras se comunicam aos partícipes (art. 30, CP)” (FRAGOSO, 1987, p. 343).

39 “Circunstâncias objetivas são as que se relacionam com os meios e modos de realização do crime, tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidade da vítima. Circunstâncias subjetivas (de caráter pessoal) são as que só dizem respeito à pessoa do participante, sem qualquer relação com a materialidade do delito, com os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com a vítima ou com outros concorrentes.” (DAMÁSIO DE JESUS, 1998, p. 59)

40 Neste tocante, ressalte-se a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que reconheceu a natureza objetiva do feminicídio: “1 Réu pronunciado por infringir o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, depois de matar a companheira a facadas motivado pelo sentimento egoístico de posse. 2 Os protagonistas da tragédia familiar conviveram sob o mesmo teto, em união estável, mas o varão nutria sentimento egoístico de posse e, impelido por essa torpe motivação, não queria que ela trabalhasse num local frequentado por homens. A inclusão da qualificadora agora prevista no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a ratio essendi da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar. (TJDFT. Acórdão n.904781, 20150310069727RSE, Relator: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 29/10/2015, Publicado no DJE: 11/11/2015. Pág.: 105). Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática da Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, reconheceu a natureza objetiva do feminicídio (RECURSO ESPECIAL Nº 1.629.152 - DF (2016/0256850-3), Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 03/02/2017).

A violência doméstica e familiar contra a mulher e a misoginia decorrem de relações de poder desiguais entre os sexos, em que o feminino é o gênero em estado de vulnerabilidade. Assim, o feminicídio é circunstância sempre de natureza objetiva.

O feminicídio foi criado em face das estatísticas que indicam um recrudescimento de homicídio de mulheres nas últimas décadas. A taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres coloca o Brasil na incômoda 5ª posição entre os países que mais matam mulheres, conforme dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) (WASELFSIZ, 2015, p. 29)<sup>41</sup>. O Brasil somente não supera El Salvador, Colômbia, Guatemala e Federação Russa. Contudo, a taxa brasileira é 48 vezes maior do que a do Reino Unido, por exemplo. Waiselfisz (2015, p. 29) afirmou que “Esse é um claro indicador que os índices do País são excessivamente elevados.” Segundo a pesquisa, em 1980, ocorreram 1.353 homicídios femininos com taxa de 2,3 casos para cada 100 mil mulheres. Já em 2013, foram contabilizados 4.762 homicídios femininos, com taxa de 4,8 casos para cada 100 mil mulheres, ou seja, 13 homicídios femininos diários. Assim, comprova-se um aumento significativo de homicídios femininos. Conforme explica Waiselfisz (2015):

Pelos registros do SIM<sup>42</sup>, entre 1980 e 2013, num ritmo crescente ao longo do tempo, tanto em número quanto em taxas, morreu um total de 106.093 mulheres, vítimas de homicídio. Efetivamente, o número de vítimas passou de 1.353 mulheres em 1980, para 4.762 em 2013, um aumento de 252%. A taxa, que em 1980 era de 2,3 vítimas por 100 mil, passa para 4,8 em 2013, um aumento de 111,1% (WASELFSIZ, 2015, p. 11).

Ainda segundo dados coletados por Waiselfisz (2015, p. 50), 71,9% dos casos de violência contra as mulheres ocorrem eminentemente na esfera doméstica, ou seja, na residência da vítima. Para as jovens

41 A pesquisa desenvolvida pelo sociólogo Julio Jacobo Waiselfisz considerou 83 (oitenta e três) países com dados homogêneos.

42 Sistema de Informações sobre Mortalidade.

e adultas de 18 aos 59 anos, o principal agressor é parceiro ou ex-parceiro da mulher. Parentes imediatos, parceiros ou ex-parceiros corresponderam à 67,2% dos casos de autoria de violência contra a mulher.

Segundo pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), ocorre 1 feminicídio a cada uma hora e meia ou são registrados 5.664 assassinatos de mulheres por ano. (FERNANDES, 2015, p. 79)

Conforme pesquisa realizada pelo Data Popular e pelo Instituto Patrícia Galvão (PERCEPÇÃO..., 2013, p. 34-50, a sobre percepção do público sobre violência e assassinato de mulheres: 70% dos entrevistados acreditam que a mulher sofre mais violência dentro de casa do que em espaços públicos; 69% acreditam que a violência contra a mulher não ocorre apenas em famílias pobres; e 85% concordam que as mulheres que denunciam seus parceiros correm mais riscos de sofrer assassinatos; apenas 17% concordam com a ideia que “mulher que apanha é porque provoca”; 86% concordam que “quem ama não bate”; 92% concordam que quando as agressões contra a esposa/companheira ocorrem com frequência, podem terminar em assassinato; 88% consideram que os assassinatos de mulheres por parceiros aumentaram nos últimos 5 anos; e 85% consideram que a Justiça não pune adequadamente os assassinos das parceiras.

As estatísticas alarmantes e a percepção popular indicam que a violência contra mulher deve possuir um tratamento jurídico diferenciado por se tratar de crime evitado por violência institucional. Não é a toa que a orientação do Supremo Tribunal Federal é tratar o crime de violência doméstica e familiar contra a mulher como crime de natureza pública e incondicional, do qual não depende da representação da vítima.<sup>43</sup> O feminicídio é o último degrau na chamada

---

43 ADI 4.424, voto do rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 9-2-2012, Plenário, DJE de 01/08/2014). Trecho do voto: “Eis um caso a exigir que se parta do princípio da realidade, do que ocorre no dia a dia quanto à violência doméstica, mais precisamente a violência praticada contra a mulher. Os dados estatísticos são alarmantes. Na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher, agredida, a um só tempo, física e moralmente, acaba, talvez ante óptica assentada na esperança, por afastar a representação formalizada, isso quando munida de coragem a implementá-la. Conforme ressaltado na inicial, confeccionada com o desejável esmero, dados

escalada da violência, que precede à ridiculização, ao controle e ao isolamento, à ameaça e à violência física.<sup>44</sup> O ciclo da violência e o “silêncio” da vítima podem ser fatores decisivos para a morte. Segundo Fernandes (2015, p. 124), não é incomum que o feminicista não possua registros policiais como agressor doméstico, pois a vítima resiste em registrar boletins de ocorrência contra o agressor. Quando o registro de crime doméstico ocorre, a vítima ainda pode renunciar a representação, se retratar ou inocentar o agressor, impedindo, assim, sua responsabilização criminal. A ausência de registro e a atuação no sentido de obter a absolvição do agressor estimulam a continuidade do ciclo de violência.<sup>45</sup>

---

estatísticos demonstram que o percentual maior é de renúncia à representação, quer deixando-se de ter a iniciativa, quer afastando-a do cenário jurídico. [...] Iniludivelmente, isso se deve não ao exercício da manifestação livre e espontânea da vítima, mas ao fato de vislumbrar uma possibilidade de evolução do agente, quando, na verdade, o que acontece é a reiteração de procedimento e, pior, de forma mais agressiva ainda em razão da perda dos freios inibitórios e da visão míope de que, tendo havido o recuo na agressão pretérita, o mesmo ocorrerá na subsequente. Os dados estatísticos são assombrosos relativamente à progressão nesse campo, vindo a desaguar, inclusive, em prática que provoque a morte da vítima. Sob o ponto de vista feminino, a ameaça e as agressões físicas não vêm, na maioria dos casos, de fora. Estão em casa, não na rua. Consubstanciam evento decorrente de dinâmicas privadas, o que, evidentemente, não reduz a gravidade do problema, mas a aprofunda, no que acirra a situação de invisibilidade social. Na maior parte dos assassinatos de mulheres, o ato é praticado por homens com quem elas mantiveram ou mantêm relacionamentos amorosos. [...] No tocante à violência doméstica, há de considerar-se a necessidade da intervenção estatal. [...] No caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III –, o direito fundamental de igualdade – art. 5º, I – e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – art. 5º, XLI. A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência de os Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. Há também de se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará –, no que mostra ser a violência contra a mulher uma ofensa aos direitos humanos e a consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos. [...] Descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter supralegal também aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária. Não se pode olvidar, na atualidade, uma consciência constitucional sobre a diferença e sobre a especificação dos sujeitos de direito, o que traz legitimação às discriminações positivas voltadas a atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato, decorrentes da cristalização cultural do preconceito. [...] Procede às inteiras o pedido formulado pelo PGR, buscando-se o empréstimo de concretude maior à CF. Deve-se dar interpretação conforme à Carta da República aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – no sentido de não se aplicar a Lei 9.099/1995 aos crimes glosados pela Lei ora discutida, assentando-se que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, atua-se mediante ação penal pública incondicionada. [...]”

44 Scarance Fernandes (2015, p. 68) defende que “A violência não interrompida por uma intervenção processual dotada de efetividade pode evoluir para um feminicídio”, apesar de não haver como saber se a mulher poderá ser assassinada pelo agressor. Portanto, é muito importante não aceitar nenhuma violência de gênero para que a mulher possua melhor capacidade de reagir e se livrar de uma violência ainda mais grave.

45 O ciclo de violência é composto por três fases: Tensão, Explosão e “Lua de Mel”. Na primeira fase, existe uma “clima sobrecarregado, tenso e instável”, na qual a mulher sofre humilhação e

Apesar desta inegável realidade, e da orientação dos tribunais em tratar a violência doméstica e familiar contra a mulher como crime de natureza especializada, existem dificuldades para o eficiente processamento dos delitos. Por exemplo, não são comuns informações sobre o ciclo da violência doméstica nos inquéritos e processos de feminicídio. Em geral, a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar está vinculada ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e não servem a outros setores do Poder Judiciário, em especial, o Tribunal do Júri.

Ante a precariedade da prova sobre o ciclo de violência, existe uma forte tendência de que os homicídios tentados contra mulheres sejam desclassificados para lesões corporais. Afinal, os inquéritos e processos judiciais costumam dar uma especial atenção ao comportamento da vítima. Assim preponderam fatores de recriminação e revitimização. É recorrente o esquecimento da inclusão da qualificadora do feminicídio e até mesmo da agravante do art. 61, inciso II, letra f, do CP, nas denúncias, pronúncias ou sentenças condenatórias. O sistema de justiça é refratário quanto ao reconhecimento do feminicídio. Os crimes são retratados como se fossem situações particulares entre acusados e vítimas e não como um crime de Estado (A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FATAL..., 2015, p. 53-57).

Ante a complexidade do crime de feminicídio, a COPEVID editou o Enunciado nº 34 (005/2016), estabelecendo que:

O Ministério Público deve investir na capacitação de seus membros para o enfrentamento à violência doméstica contra a mulher, utilizando-se como documentos de referência as 'Diretrizes nacionais de investigação criminal

---

xingamentos, submetendo-se ao descontrole e às vontades do agressor, que coloca a culpa de seu próprio comportamento na mulher, de modo que justifica seu próprio comportamento como uma forma de "corrigir" a mulher. Na segunda fase, o agressor comete os crimes (ameaças, agressões, estupro, etc.), a mulher que é incapaz de reagir, suporta a violência, em graus cada vez mais passivos e depressivos, conforme o ciclo de violência se repete e se estende. Na última fase, o agressor se arrepende, por "medo de ser abandonado ou punido, modifica seu comportamento, chora pede perdão, entrega flores, presentes, promete que nunca mais agirá desse modo, deixa de consumir álcool, procura emprego, enfim, convence a parceira de que a agressão não se repetirá." Contudo, o ciclo se repete, perpetuando os sentimentos de vergonha, crença na mudança do parceiro, inversão de culpa, descrédito na Justiça e medo de reviver os traumas (FERNANDES, 2015, p. 124-127).



com perspectiva de gênero' da COMJIB/EuroSocial e as 'Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres – Femicídios' da ONU Mulheres. (Aprovado na I Reunião Ordinária do GNDH em 05/05/2016 e pelo Colegiado do CNPG em 15/06/2016). (ENUNCIADOS..., 2017).

A investigação e o processamento dos crimes de feminicídio depende, sobretudo, de uma mudança de paradigma: o sistema de proteção da mulher vítima de violência doméstica também deve servir para instruir os processos de competência do Tribunal do Júri.

Ademais, os promotores do júri precisam incorporar, desde a fase de investigação, a perspectiva de gênero e procurar instruir os processos como se estivessem atuando perante os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Para tanto, capacitação e o cumprimento de diretrizes nacionais no processamento dos feminicídios são tão importantes. A adoção de medidas de proteção, assistência e de reparação são ainda mais fundamentais, eis que a vítima sobrevivente pode se retratar ou faltar com a verdade, impossibilitando a punição do agressor.

Não raras vezes, a família da vítima falecida também necessita de assistência e orientação, eis que sua participação na reconstrução dos fatos é essencial para o estabelecimento da verdade processual. Até mesmo deve ser observado o emprego de linguagem não discriminatória e livre de estereótipos de gênero<sup>46</sup>

---

46 Importante destacar que o julgado do STJ que anulou decisão do júri que absolveu acusado de feminicídio porque alegava *legítima defesa da honra* porque "a vítima não tinha comportamento recatado". O STJ entendeu que não havia requisitos para legítima defesa, a ver: "1. Relata a denúncia haver o marido, incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, efetuado diversos disparos contra sua mulher, de quem se encontrava separado, residindo ela, há algum tempo (mais de 30 dias), em casa de seus pais, onde foi procurada, ao que parece, em tentativa frustrada de reconciliação, e morta. 2. A absolvição pelo Júri teve por fundamento ação em legítima defesa da honra, decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça, ao entendimento não ser aquela causa excludente desnaturada pelo fato de o casal estar separado, há algum tempo, e porque "a vítima não tinha comportamento recatado". 3. Nestas circunstâncias, representa o acórdão violação à letra do art. 25 do Código Penal, no ponto que empresta referendo à tese da legítima defesa da honra, sem embargo de se encontrar o casal separado há mais de trinta dias, com atropelo do requisito relativo à atualidade da agressão por parte da vítima. Entende-se em legítima defesa, reza a lei, quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. 4. A questão, para seu deslinde e solução, não reclama investigação probatória, com incidência da súmula 7 do STJ, pois de natureza jurídica." (REsp 203.632/MS, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2001, DJ 19/12/2002, p. 454)

Deve-se combater as teses de defesa que visam desqualificar a vítima ou retratar o agressor como indivíduo benquisto ou apaixonado. Linhas de defesa que visem a reprodução da primeira fase do ciclo de violência (tensão), em especial no que diz respeito a técnica de inversão de culpa (o homem acusa a mulher de ser responsável por sua própria morte), devem ser combatidas e rechaçadas, denunciadas como falaciosas e inaceitáveis para os atuais padrões culturais e sociais. (DIRETRIZES NACIONAIS FEMINICIDIO... 2016, p. 100)

Obviamente que a adoção de uma estratégia de acusação exige muito mais atenção quando se tratam de crimes de homicídio, em face das peculiaridades do procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri. Quando se trata de feminicídio, os cuidados devem ser redobrados, pois não é incomum que a defesa use e abuse de preconceitos e estereótipos como técnicas para conseguir a absolvição ou a redução da pena. Assim, apesar do recomendado pelas Diretrizes Nacional do Feminicídio<sup>47</sup>, não é necessário que a denúncia pormenorize, de forma detalhada, cada fato que diga respeito ao ciclo de violência.

Vale a lição de Lyra (1943, p. 52), conforme citado por Bonfim (2012, p. 109-110), de que a “denúncia deve mesmo ser um relato sucinto”, e que a “denúncia não é arrazoado, nem parecer. Mesmo como peça narrativa, sob reserva de modificação e esclarecimento, limita-se a positivar claramente a espécie, permitindo o perfeito exercício da defesa.” Assim, como ensinou Bonfim (2012, p. 110), a denúncia “é narrativa dos elementos substanciais [...] sem adjetivação desmedida, sem o perdimento do verbo na exposição de

---

<sup>47</sup> “O ponto de partida deve-se dar na comprovação da morte ou de sua tentativa, a fim de configurar a existência de um feminicídio consumado ou tentado. No que diz respeito ao componente fático, é necessário que a denúncia pormenorize, de forma clara e detalhada, cada um dos fatos dotados de relevância jurídica, para demonstrar as acusações imputadas e a responsabilidade dos agentes. É igualmente importante que a denúncia apresente informações completas sobre o perfil da vítima e sobre o(a) indiciado(a), de modo a evidenciar as razões de gênero e outros fatores que tenham afetado as condições de vulnerabilidade em que a vítima se encontrava e que possam ter influenciado a prática do crime – como a idade, raça/cor ou etnia, condição socioeconômica sua orientação ou identidade sexual, além do relacionamento entre a vítima e seu agressor.” (DIRETRIZES NACIONAIS FEMINICIDIO... pág. 95).

detalhes. É peça seca, enxuta, somente com os requisitos legais.". É importante sempre ter em mente que a denúncia deve manter uma pretensão de se amoldar às circunstâncias do processo. Portanto, não se deve descrever detalhes em demasia, que, ao longo das fases processuais podem se perder, ao não serem confirmados, fragilizando a tese de acusação.

É necessário conceber a denúncia com abertura suficiente para uma concepção holística das narrativas processuais, em que os detalhes úteis podem ser demonstrados em plenário de julgamento pelo júri e ao mesmo tempo estejam mencionados, ainda que indiretamente na denúncia<sup>48</sup>. Claro que, ao assumir a perspectiva de gênero, basta relatar, se for o caso, a existência de indícios do ciclo da violência e do comportamento controlador, possessivo, ciumento, etc., do agressor, sem maiores adjetivações ou detalhes que possam comprometer a tese acusatória.

#### 4 CONCLUSÃO

O feminicídio é crime de homicídio qualificado de natureza objetiva, em que o agente comete o crime contra mulher, em razão do sexo feminino, em situação de violência doméstica e familiar; ou por menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Apesar de alguma divergência quanto a natureza jurídica do femi-

---

48 Segundo Taruffo (2016, p. 85-86), "O tema da história completa está na base da concepção holística das narrativas processuais; proposta, em contraste com os ordenamentos analíticos ou atomista em matéria de provas, sobretudo no âmbito da psicologia social, refere-se especificamente ao modo com que se supõe que os júris formulem suas decisões sobre fatos. As pesquisas empíricas em particular por Bennet e Feldman e por Pennington e Hastie parecem confirmar a conclusão de que os júris não se empenham em análises detalhadas dos fatos e das provas que lhes competem, mas usam tipicamente histórias, com o escopo de organizar os elementos de prova apresentados em audiência. Portanto, os jurados chegam às suas conclusões sobre os fatos valorando a plausibilidade de histórias completas relativa aos próprios fatos, sem desenvolver qualquer raciocínio analítico sobre circunstâncias específicas ou sobre elementos singulares de prova. Em outras palavras, os júris norte-americanos estabelecerem a verdade dos fatos essencialmente construindo e confrontando narrativas, ao invés de fazê-lo valorando criticamente as informações oferecidas pelas provas. Há, ainda, quem diga que não só isso ocorre, como – aliás – é um método positivo e recomendável para a formulação das decisões sobre fatos." (TARUFFO, 2016, págs. 85-86). Se houver detalhes em demasia na denúncia, que, por sua vez não foram confirmados em instrução, pode haver comprometimento da concepção holística da tese acusatória, enfraquecendo o poder de convencimento, e, conseqüentemente, estimulando a impunidade.

nicídio, os tribunais, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, já formularam indicativos no sentido de tratar a violência contra a mulher como violência estrutural e institucionalizada. Desse modo, espera-se que o feminicídio seja tratado como circunstância qualificadora do crime de homicídio da qual não dependa dos motivos determinantes do crime, ou seja, que o feminicídio possa coexistir com os motivos de forma independente. Assim, ainda que o júri reconheça o homicídio privilegiado, nada impediria o reconhecimento do feminicídio, tratando ambas as situações com seu devido respeito.

Não são raros os casos em que os júris deixam de reconhecer a torpeza ou a futilidade dos crimes praticados contra a mulher, mas acolhem a tese de feminicídio, assegurando um tratamento mais justo.<sup>49</sup>

Quando explicada a natureza jurídica objetiva do feminicídio, expostos os dados relativos à violência contra a mulher e desenvolvida uma narrativa holística dos fatos para fazê-los entender que o feminicídio é um crime grave, é possível fazer justiça e combater a percepção de que o sistema de justiça não tem a capacidade de responder em tempo razoável para dissuadir a violência contra a mulher.

Contudo, é preciso capacitar os profissionais do júri para que incorporem a perspectiva de gênero nos casos de feminicídio. Também faz-se necessário que se desenvolvam estratégias para que o sistema de proteção à mulher também sirva às Vara do Tribunal do Júri.

A efetividade da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 2006) também passa pelo Tribunal do Júri. Os promotores do júri possuem uma responsabilidade enorme no combate ao feminicídio, reafirmando a verdade e colaborando para a promoção da justiça.

---

49 No Processo nº 0037797-43.2015.8.06.0001, que tramitou na 4ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza/CE, os jurados acolheram a circunstância qualificadora de feminicídio, depois de rejeitarem o motivo torpe (ciúmes). Assim, caso não fosse o feminicídio, a morte da mulher, ex-companheira do réu, redundaria em crime de homicídio simples, com pena de 6 (seis) anos em regime semi-aberto, enquanto que o réu acabou sendo condenado à pena de 12 (anos) reclusão em regime inicialmente fechado. O Ministério Público recorreu em face da dosimetria da pena.

## CONCEPT AND LEGAL NATURE OF THE FEMINICIDE

### ABSTRACT

*Femicide is a crime of murder in the first degree of objective nature, committed against woman, for reasons of the female sex. Femicide was created to combat domestic and family violence against women and contempt or discrimination against women. Femicide results from the ideology that chauvinism and power stand out as instruments of domination and subjugation of woman by man. Brazil is one of the most deadly countries in the world. Femicide is an objective circumstance because it is a woman's personal situation or quality. Femicide is not confused with the motives of crime, since it is structural and institutionalized violence. The Public Prosecutor's Office must incorporate the gender perspective in cases of femicide to reinforce the effectiveness of the Maria da Penha Law (Law 11.340, of 2006).*

**Key-words:** *Femicide. Public Prosecutor's Office. Trial by jury.*

### REFERÊNCIAS

**A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FATAL:** o problema do feminicídio íntimo no Brasil. FGV DIREITO SP, 2015. Disponível em:<[http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao\\_femicidio.pdf](http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_femicidio.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL. Lei 11340 de 7 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília [DF], 8 ago. 2006. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 13104 de 7 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília [DF], 10 mar. 2015. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1183378 RS 2010/0036663-8. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília [DF], 25 out. 2011. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial REsp 1416580 RJ 2013/0370910-1. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília [DF], 15 abr. 2014. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25055291/recurso-especial-resp-1416580-rj-2013-0370910-1-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus HC 342660 / MG 2015/0300984-8. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília [DF], 28 jun. 2016. Disponível em:<<http://www.portaljustica.com.br/acordao/301619>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 52480 SP. **Diário da Justiça**, Brasília [DF], 08 nov. 1974. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/710544/habeas-corpus-hc-52480-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BETTIOL, Guiseppe. **Direito Penal**. Campinas: Red Livros, 2000.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial, vol. II. 17. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri**: do inquérito ao plenário. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 2, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; e PINTO, Ronaldo Batista. **Tribunal do Júri**: procedimento especial comentado por artigo. Salvador: JusPodivm, 2015.

**DIRETRIZES NACIONAIS FEMINICÍDIO:** investigar, processar e julgar, com perspectiva de gênero, as mortes violentas de mulheres. Projeto de **Implementação do Protocolo Latino-americano para investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero no Brasil.** Realização da Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU Mulheres e de outras entidades. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossies/feminicidio/diretrizes-nacionais/>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

**DIRETRIZES NACIONAIS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL COM PERSPECTIVA DE GÊNERO:** Princípios para atuação com perspectiva de gênero para o Ministério Público e a segurança pública do Brasil. Coleção Documentos de Política n. 28. Madrid, mar. 2016. <<http://www.compromissoeatitude.org.br/diretrizes-nacionais-de-investigacao-dos-crimes-de-violencia-domestica-com-perspectiva-de-genero/>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

ELUF, Luiza Nagib. **A Paixão no Banco dos Réus.** São Paulo: Saraiva, 2014.

**ENUNCIADOS da Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.** Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-da-copevid-comissao-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher/>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

FERNANDES, Millôr. **Millôr definitivo:** a bíblia do caos. Porto Alegre: L&PM, 2016.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha:** o processo penal no caminho da efetividade, abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui lei de feminicídio). Atlas: São Paulo, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal:** parte geral. 11. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial. Vol. II. 14. ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2017.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal:** Vol. V (arts. 121 a 136).

2. ed. rev., 1953.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: 2º volume – parte especial. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

LYRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar**. Rio de Janeiro: José Konfino editor, 1975.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

**PERCEPÇÃO da sociedade violência e assassinatos de mulheres**. Disponível em: <[http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro\\_pesquisa\\_violencia.pdf](http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro_pesquisa_violencia.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito Penal**: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SAPORI, Luís Flávio e SOARES, Gláucio Ary Dillon. **Por que Cresce a Violência no Brasil**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, Editora PUC Minas, 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Victor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VERÍSSIMO, Luiz Fernando. **As Mentiras Que As Mulheres Contam**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015**: homicídio de mulheres no Brasil. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf)>. Acesso em Brasília: 2015. Acesso em: 25 abr. 2017.



# Good Governance of The European Prosecution Services in The Anti-Corruption Context<sup>1</sup>

*Elnur Musayev*<sup>2</sup>

## **ABSTRACT**

Good Governance standards have been filled with some value in various international instruments. Originally viewed as a process of decision-making or means to achieve certain political goals, the Good Governance has turned into set of mandatory reform measures at the public and corporate level. The opinion on the role and impact of these standards in the context of the fight against corruption differ significantly according to opposing academic views. The standards in this area have been applied effectively in the course of the EU Integration and Council of Europe's evaluations. In practical terms, these standards have been 'translated' into specific measures, supported by the strong conviction that proper administration of these standards would produce positive effect in the fight against corruption. The internationally credited indicators show that countries with the adequate Good Governance structure in place are champions of controlling corruption. The underperformers in Good Governance also perform poorly in curbing corruption. However, qualitative analysis shows that the countries may put in place costly transparency and accountability mechanism and still fail in the fight against corruption. The research reveals no strong link between the application of

---

<sup>1</sup>Received in: 19/05/2017. Approved in: 02/06/2017.

<sup>2</sup>Bachelor of Science in International Relations and Social Sciences from Khazar University, Azerbaijan, LLB from Baku State University, Azerbaijan, Master of Arts in Law from the University of Sheffield, UK, and Master of Anti-Corruption Studies from the International Anti-Corruption Academy. E-MAIL: elnur.musayev@prosecutor.gov.az

the Good Governance standards and reaching a successful result in the fight against corruption. Perhaps only proper environment and support by additional necessary measures could produce the required effect. Otherwise, this Good Governance reforms in the country, especially prosecution service, may turn into formalistic exercise yielding extreme forms of corruption.

**Keywords:** *Good Governance. Accountability. Transparency.*

## **1 INTRODUCTION**

Depending on the theoretical approach, the term Good Governance is used to refer to decision making process or means to achieve political goals with a very specific agenda. It is usually invoked in the context of the fight against corruption or development of a country. The prosecution service has crucial role in the fight against corruption. No matter how significant and cost-effective preventive measures are, the prosecution of corrupted officials comes as a powerful tool, perhaps the most effective in the arsenal. And the standards of Good Governance apply to the prosecution service in the first place: accountability to the public, independence, immunity from interference, especially in decision making, prevention of the conflict of interests, high standards of ethical behavior, etc. These standards are promoted in the European prosecution services through several platforms, including EU accession and Council of Europe evaluations.

The level of adherence of the prosecution services in Europe to the transparency, accountability and independence and other Governance standards differs considerably. So does the level of perception and real situation with the fight against corruption in these states. Therefore, there is no specific answer to the question [of this research] about the degree of correlation between the enforcement of these standards in the prosecution service and the outcome of effective fight against

corruption. In simple terms, hardly anyone would dispute about strong and mutually defining correlation between the level of independence, transparency and accountability in *Åklagarmyndigheten*<sup>3</sup> and success in the fight against corruption in Sweden, or *Valtakunnansyyttäjänvirasto*<sup>4</sup> and success in the fight against corruption in Finland. One may link adherence of these standards to the high position in the global ranking of perception of corruption in Sweden and Finland<sup>5</sup>. In fact, these institutions could be considered as beacons for 'anti-corruption' sanitation of public institutions and best-practice examples for their counterparts around the world. However, one would be less confident in making a similar assertion with regard to Прокуратура на Република България<sup>6</sup> (*Prokuratura na Republika Blgaria*) or Direcția Națională Anticorupție<sup>7</sup> and the situation with corruption in Bulgaria and Romania, countries whose position in the corruption perception index is far less impressive<sup>8</sup>.

Perhaps even the following arguments would not affect the above conclusions:

a) Swedish-Finnish firm TeliaSonera, of which 37 per cent is actually owned by the Swedish state, allegedly paid millions of dollars in bribes to secure business in Uzbekistan (UTISSET, 2016). For a long period of time, the prosecution authorities of both countries did not or perhaps could not, detect and investigate these illegal practices.

b) The EU Commission, in its Strategy Paper on progress in the enlargement process adopted on 6 October 2004, recognized that both Bulgaria and Romania fulfilled the political criteria for accession. These criteria encompassed *inter alia* the stability of institutions gua-

3 The Swedish Prosecution Authority.

4 The Finnish Prosecution Authority.

5 Finland and Sweden ranked 2<sup>nd</sup> and 3<sup>rd</sup> respectively in the TI's CPI among 167 countries and territories in 2015 (TI CPI, 2015); 3<sup>rd</sup> and 4<sup>th</sup> respectively among 174 countries and territories in 2014 (TI CPI, 2014); and both of them 3<sup>rd</sup> among 175 countries and territories in 2013 (TI CPI, 2013).

6 The Bulgarian Prosecution Authority.

7 The Romanian Anti-Corruption Agency.

8 Bulgaria and Romania ranked 69<sup>th</sup> and 58<sup>th</sup> respectively in the TI's CPI among 167 countries and territories in 2015 (TI CPI, 2015); both of them 69<sup>th</sup> among 174 countries and territories in 2014 (TI CPI, 2014); and 77<sup>th</sup> and 69<sup>th</sup> respectively among 175 countries and territories in 2013 (TI CPI, 2013).

ranteeing democracy, the rule of law, thereby covering various powers of the prosecution services in these countries. (Eur-Lex Europa, 2005)

These examples show that the correlation between the Good Governance standards and control of corruption is far more difficult to determine than it may appear at first sight. Certainly, the contradictory nature of these cases may not be simply reduced to the margin of error of the perception indices or formalistic nature of reform-making in these countries, given the rigor of the scrutiny in the EU accession process. In order to grasp the essence of this correlation, it would be necessary to understand many contributing factors, including the historical background, relevant theories underlying these standards and practice of fight against corruption in countries. Thus, the prosecution services in the region either evolved 'naturally', as in the Western Europe, or were built from the scratch recently in tune with the God Governance agenda in the course of the recent EU integration process, as in the Eastern Europe.

## **2 RESEARCH METHODOLOGY**

In order to test this correlation, the indicators and figures of international organizations are taken as the basis for a quantitative research, propped up by the qualitative research on case studies. The complexity lies in absence of indicators specifically pertaining to the prosecution service. Moreover these indicators are based on perception rather than performance. Also the statistical data on the performance of the prosecution services *per se* do not explain its efficiency in an objective manner. The figures and data on fight against corruption frequently prove to be controversial and less convincing the international community. According the statistics produced by the Anti-Corruption Directorate of the Republic of Azerbaijan<sup>9</sup>, it in-

---

<sup>9</sup> It is a specialized national anti-corruption investigation agency within the meaning of Article 36 of the UNCAC.

investigated 1,076 criminal cases and prosecuted 1,860 defendants for corruption offences in 2006-2014. During the same period, the ACD has taken provisional measures to recover damages of 198,070,786.00 Manats, at the time slightly less than the equivalent amount in Euros. However, the statistics produced hereafter would list the name of the country among the poor performers in many areas, including controlling of corruption. Also, the low level of investigations or prosecutions could be due to an array of factors totally irrelevant to its performance capacity, such as weak detection ability of auditing authorities and sectoral supervisors, absence of whistleblower protection or reporting mechanisms, etc. In the course of the research, the country profiles are attributed to clusters, which are subsequently tested against various economic and governance indicators. This exercise is performed in order to discern links and establish patterns for the ensuing conclusions. In summary, the indicators and other data deduced from the thematic and country reports, case studies are analyzed through generalization, comparison, multiple source validation, collation and pattern identification.

## **2.1 Governance Standards and Fight against Corruption**

Transparency, accountability and independence are seen as a part of the wider concept of the 'Good Governance'. (UN OHCHR, 2016) (UNESCAP) There is no comprehensive definition of this concept in any regulatory instrument, whether at the national or international level. Nevertheless it has been confidently accepted and deeply entrenched in minds of the professionals and evoked strong confidence in the ranks of the population. These standards are not set forth in the internationally binding treaties, but only in the series of the international instruments of soft nature and study reports<sup>10</sup>. They have

---

<sup>10</sup> Such as Recommendation Rec(2000)19 of the Committee of Minister of the Council of Europe on the Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System, The 1990 United Nations Guidelines on the Role of Prosecutors, Report on European Standards as Regards the Independence of the Judicial

been issued at international and regional levels, as a result of broad analysis, and were not accompanied by enforcement mechanisms. Although their enforcement was not purported to be of mandatory nature, the principles reflected therein were pushed through country evaluation mechanisms, e.g. in the EU accession process reports and Council of Europe's GRECO evaluations<sup>11</sup>.

The fight against corruption, in its turn, is seen as an indispensable part of every proper governance system. The government may launch fight against corruption as the initial step of reforms on par with enforcement good corporate or public governance, promotion of transparency and accountability. According to this position, the proper regulation of the public administration, establishment of the free and liberal market eventually leads to the attraction of foreign investments, growth of economy and sustainable development of a country. (Daniel Kaufmann, Kauffman, 2009) (Andrews, 2008) (Christiane Arndt, 2006) This view could be characterized as the *good governance* or *market-enhancing governance approach*. Corruption is seen as the misfortunate granting of extensive powers to greedy officials. (Rose-Ackerman, 1997) Naturally, the response to the problem of corruption is about attacking the discretion, improving the well-being, securing prosecutions and encouraging transparent decision-making.

Alternatively, the government may push the agenda of profound economic or political reforms, turn a blind eye on concomitant corruption practices, and aim at securing consistent economic development and boosting of the market. Thereupon, it may gradually introduce the transparency and accountability standards, which, in its turn, will stimulate fight against corruption. According to this scenario, curbing corruption comes second as a means of securing continuous development of a country. (Khan M. , 2007) This is a

---

System: Part II – The Prosecution Service, etc.

<sup>11</sup> GRECO evaluation mechanism can invoke a set of measures, including compliance procedures, which include additional reporting, addressing the authorities at high level.

*'growth-enhancing' approach*. The followers of this approach view the opposing *Good-Governance approach* only as a 'one size fit all' objectives list, which distracts the necessary resources from real priorities. The *'growth-enhancing' approach* suggests that transparency and accountability, as well as prioritization of anticorruption measures shall give in to more compelling country-specific analysis. The government shall take into consideration the peculiarities of corruption in each country, push feasible institutional changes and develop strategies accelerating economic and social transformations in the first place. (Khan M. , 2006)

## **2.2 Good Governance in the Prosecution Service**

A great variety of prosecution services present in Europe come from a diversity of the legal traditions and culture of people populating the region. The convergence of the prosecution service took place in the course of the EU integration. This process focused mainly on the independence of the judiciary, the EU reformers hit the 'overarching functions of the prosecution services affecting the independence and functionality of the entire justice system' of the countries at the time acceding the EU. Therefore it required robust transformation in these institutions with a view to securing their conformity with the transparency and accountability standards, as in the case of the Czech Republic and Poland. (Rijksuniversiteit Groningen, 2008) Meanwhile, the Netherlands moved in the direction of gradually allocating adjudicatory powers, which were formerly the exclusive domain of the judiciary, to the prosecution service, i.e. granting it the power to resolve a great proportion of cases outside the court. (Tak, 2005).

## **2.3 Analysis of the indicators**

For the purpose of this research, 36 European countries were

chosen, which have passed evaluation stage<sup>12</sup> of the Fourth Evaluation Round on the Prevention of corruption in respect of members of parliament, judges and prosecutors<sup>13</sup>. In the evaluated countries, the prosecutors/prosecution service have been checked according to the criteria of the conflict of interest, prohibition or restriction of certain activities, declaration of assets, income, liabilities and interests, enforcement of the rules regarding conflicts of interest, awareness. Subsequently, the data were reviewed according to the World Governance Indicators of Voice and Accountability, Political Stability and Absence of Violence, Government Effectiveness, Regulatory Quality, Rule of Law and Control of Corruption. (WGI, 2016) Subsequently the clusters were matched with the economic indicators and indicators of the participation of civil society.

So, initially the countries were matched into three clusters by their respective positions in the tables: **Top Level** Countries (TL), Middle Level Countries (ML) and Base Level Countries (BL). Top Level countries are Belgium, Denmark, Estonia, Finland, Germany, Iceland, Ireland, Luxembourg, Netherlands, Norway, Portugal, Sweden, France, Malta and United Kingdom (lined in alphabetical order). Malta did not perform well on Government Efficiency, which put it into the 21<sup>st</sup> Position among 36. Malta also gained the 16<sup>th</sup> Position in the Corruption Control rating. Similarly, Belgium, Estonia, UK and France performed poorly in the Political Stability and Absence of Violence (PS) rating. As a result, Belgium comes 18<sup>th</sup>, Estonia comes 17<sup>th</sup>, UK comes 20<sup>th</sup> and France is on the 25<sup>th</sup> positions. Malta is in the border area, between TL and ML countries. **Middle level** countries are Bulgaria, Croatia, Cyprus, Greece, Hungary, Macedonia FYR, Montenegro, Poland, Romania, Slovak Republic, Slovenia, Spain and Turkey (lined in alphabetical order). Turkey has performed well enough for this cluster in crucial areas of Government Efficiency, Rule of Law and

---

12 According to the GRECO Rules, the respective Governments have authorized the publication of the Country Evaluation Reports.

13 By the date of 1<sup>st</sup> November 2016.



Control of Corruption. Macedonia is in the border region, with proper performance only in Regulation Quality and Control of Corruption. It is among worst performers on Voice and Accountability. Serbia has similar results, however it underperforms on Control of Corruption, and therefore it is given a lower hand in the choice between it and Macedonia and falls in the Base Level cluster. **Base Level** countries are Albania, Armenia, Azerbaijan, Bosnia And Herzegovina, Moldova and Serbia

Subsequently, the above data was compared against the World Justice Project’s **Rule of Law index** (WJP, 2016) The presumption here was that the countries with better Governance Efficiency perform better in terms of Rule of Law, which is composed of three components crucial for this research. A credible answer was expected as to whether the system of administration of justice, encompassing the prosecution service, performs well in countering corruption. While the WGI produced data on 36 countries, this Indicator produced data only on 26 countries, leaving 10 countries of out the scope of this research:

**Table 1 WJP Indicators 2014-2015**

1	Country	2014	2015	Cluster
2	Austria	<b>0.82</b>	<b>0.82</b>	<b>TL</b>
3	Belgium		0.77	TL
4	Denmark	<b>0.88</b>	<b>0.87</b>	<b>TL</b>
5	Estonia	<b>0.76</b>	<b>0.77</b>	<b>TL</b>
6	Finland	<b>0.84</b>	<b>0.85</b>	<b>TL</b>
7	France	<b>0.74</b>	<b>0.74</b>	<b>TL</b>
8	Germany	<b>0.80</b>	<b>0.81</b>	<b>TL</b>
9	Netherlands	<b>0.83</b>	<b>0.83</b>	<b>TL</b>
10	Norway	<b>0.88</b>	<b>0.87</b>	<b>TL</b>
11	Poland	<b>0.67</b>	<b>0.71</b>	<b>TL</b>
12	Portugal	<b>0.66</b>	<b>0.70</b>	<b>TL</b>

13	Spain	<b>0.67</b>	<b>0.68</b>	<b>TL</b>
14	Sweden	<b>0.85</b>	<b>0.85</b>	<b>TL</b>
15	United Kingdom	<b>0.78</b>	<b>0.78</b>	<b>TL</b>

As seen from this segment of the table, 14 out of 15 TL countries, covered by this indicator come as the best performers. It clearly shows that the countries with the best governance capacities have greater potential of performing well in the field of Rule of Law.

16	Slovenia	<b>0.65</b>	<b>0.66</b>	<b>ML</b>
17	Romania	<b>0.59</b>	<b>0.62</b>	<b>ML</b>
18	Croatia	<b>0.57</b>	<b>0.60</b>	<b>ML</b>
19	Greece	<b>0.59</b>	<b>0.60</b>	<b>ML</b>
20	Hungary	<b>0.61</b>	<b>0.58</b>	<b>ML</b>
21	Bulgaria	<b>0.53</b>	<b>0.55</b>	<b>ML</b>
22	Turkey	<b>0.50</b>	<b>0.46</b>	<b>ML</b>

23	Bosnia and Herzegovina	<b>0.55</b>	<b>0.57</b>	<b>BL</b>
24	Macedonia, FYR	<b>0.58</b>	<b>0.55</b>	<b>BL</b>
25	Albania	<b>0.49</b>	<b>0.52</b>	<b>BL</b>
26	Serbia	<b>0.51</b>	<b>0.50</b>	<b>BL</b>
27	Moldova	<b>0.45</b>	<b>0.48</b>	<b>BL</b>

WJP RoL indicator confirms the attribution of countries to clusters according to the WGI-based division. The only inconsistency, which originates from this comparison, is about the results on Turkey (deteriorating dramatically in 2015). However this is not the purpose of this research to find the reasons for such changes. The possibility of a link between the governance capacity and ability of its justice administration system were thus established.

The propositions of the 'growth-enhancement' approach could be tested through comparison of the clusters developed on the basis

of the Good Governance indicators with the economic situation in countries, such as Nominal Growth Domestic Production, GDP Growth and Remuneration. There are several questions that may arise out the result of comparison. Is it only the economically sound countries that can sustain the costs of expensive good governance measures, including transparent and account prosecution services? Do the economically sound countries actually comply with the Good Governance standards for their public institutions? While the first question could be answered through the qualitative research; it is less likely that the findings of the proceeding collation with economic indicators may answer the second question. The conclusions of this exercise would be used in the next stage of the case studies. (*infra vide*)

Nominal Growth Domestic Production indicator was used as the primary source. (CIA, 2016) The majority of TL countries, 13 countries, positioned themselves at the top of the list on the economic growth rate. That indicates the possible strong mutually defining relations between the economic condition of a state and its governing capacity. According to the Growth-Enhancement approach, this link does not necessarily suggest that the latter brought about the former. To this effect speaks the position of Portugal and Estonia, which perform rather well according to the anti-corruption and good governance indices, but lag behind a number of worse governance efficiency performers. Location of BL country Azerbaijan above 2 ML countries, Montenegro and Macedonia, increase the doubt about the connection even further.

The next criterion for comparison is the dynamic, positive or negative, of the GDP. The results of the research shows that the GDP rates of big countries with a strong economy and best Governance Efficiency and Rule of Law are not growing fast. The GDP of smaller TL countries continue to grow at high rates. However, the presence of poor Governance Efficiency and Rule of Law performers, such as Bosnia and Armenia among the top 14 countries casts a serious

doubt on the link. Of course the GDP growth rate is by no means a decisive and exclusive economic performance indicator.

High level of wages could be instrumental in the fight against corruption, maintenance of standards of Good Governance and economic development. According to Tanzi, reduction of wages may undermine the efficiency of public officials, hence the development of the economy counting on an input from the people working in the public sector. (Tanzi, 1990) Alternatively, some suggest that wage strategy is not efficient even in a country with low level of corruption and it requires a costly mechanism of supervision. (Besley & McLaren, 1993) The comparison of wages does not allow deducing any strong link. Some of the ML countries, such as Cyprus and Slovenia, are paying higher salaries than some TL countries, as Estonia, Portugal and Malta. While the former could not outperform the latter in better governing and countering corruption, including in the criminal justice system, it could hint at small effect of the higher wages. That Serbia pays a lesser average wage to its employees supports this position too. Conversely, Bosnia, being a BL country underperforms according to the WGI, however, performs better economically, with its GDP growth level high above many countries of the ML.

As a measure of increasing transparency in the prosecution service, the Standards of Transparency and Accountability, foresee wider involvement of civil society in the work of the prosecution service. A good example is the participation of the civil society representatives in the work of the prosecutorial councils, a body of self-regulation with wide range of powers. Participation of a public representative in the work of this body may serve to the enhancement of public input element of the prosecutorial accountability. Depending on the qualities and capacity of the civil society representatives, level of their organization, qualification, expertise and commitment, as well as the environment where they operate, they may indeed have a great positive impact on the prosecution service in terms of increasing its

transparency and accountability. However, one may not deny that poorly organized, low qualified representative who lacks proper expertise and could potentially be open to corruption incentives will not provide benefit to the organization.

The developed clusters of countries have also been compared by the level of impact that their civil society may exert, depending on their capacities and surrounding environment, as per the civil society indicator. (CIVICUS, 2009) The result shows that civil society is weak in Base Level countries (Armenia and Azerbaijan). Civil society in ML countries have great commitment to their causes, such as Macedonia, Poland, Romania, Bulgaria, etc. But their organizational structure is weak. Civil society in some of the ML countries manages to amass and impose substantial impact, as in Macedonia and Cyprus. Civil society in advanced countries, such as Germany, is not capable of imposing impact. Therefore the question remains, how viable is it demanding wider participation of civil society in the work of the prosecution service and would it really be effective.

### 3 CASE STUDIES

Case Studies for this research covered Serbia, Romania, Austria and Germany.

**Serbia.** The Serbian Prosecution Service is independent by Law. According to the Center for Liberal-Democratic Studies the corruption is still a widespread and dangerous phenomenon in Serbia. (SELDI, 2014) USAID estimates, that government procurement in Serbia in 2002 amounted to \$1.45 Billion US or 11.3% of Gross Domestic Product (GDP) of which 15-20% found its way into private hands.. (UNDP, 2005) The Serbian Prosecution Service, along with other law enforcement institutions were blamed inefficiency. Specifically it was blamed for protracted investigation of the so-called “questionable privatizations” cases, with Justice Minister Snežana Malović making a statement

blaming Organized Crime Prosecution service. (ACC Serbia, 2011b) The country does not perform well economically, which manifests itself also in low wages to its employees. GRECO evaluation has recognized the existence of serious problems in the fight against corruption. However its recommendation envisioned some organizational measures, such as changing the composition of the State Prosecutorial Council. Furthermore, the Serbian Prosecution Service has adopted a Code of Ethics for the prosecutors, in order to satisfy the requirements of transparency and accountability as a formality, failed to train its employees and underperformed in other areas. (GRECO, 2015) The international organizations reviewing Serbia's arrangements in the field of public administration, including Prosecution Service, do not seem to connect to the real cause of the problem and limited themselves to issuing recommendations of standard and general nature. Obviously, Serbia may pose as an example of failure of the Good Governance standards for the Prosecution Service. It is also indicative of the lack of meaning and effect of Good Governance measures applied in a formalistic manner.

**Bulgaria.** The prosecution service of Bulgaria enjoys functional independence according to law. It introduced and maintains necessary tools of transparency and accountability, such as Prosecutorial Council. i.e. Chamber of the Supreme Judicial Council, in charge of the prosecutors' affairs; relevant career rules; necessary integrity checks; periodic assessment and review of performance; proper rules of case distribution and management; rules and procedures for the prevention of conflict of interest; and asset declaration. (PRB, 2016) Nevertheless, from time to time the Bulgarian prosecution service is shaken by the scandals of high-profile corruption cases mismanagement or instances of flagrant corruption in its own ranks. In 2009, Bourgas Regional Prosecutor's Office, Angel ANGELOV had to resign and later was subject to investigation for the negotiation, over the phone, over securing high-ranking position through the Supreme Judicial Council

in exchange for a bribe. (Novinite, 2009) Council of Europe's GRECO heeded these problems and issued recommendations on full assertion of the legitimacy and credibility of the prosecutorial council (chamber) enhancement of its role as guarantor of the independence and autonomy of prosecutors; strengthening the integrity checks carried out in respect of candidates to the post of prosecutor; periodic reviews and attestation; more rigorous enforcement of the Code of Ethical Behavior; random case allocation; enhanced training; increase in the authorities of initiating disciplinary proceedings against prosecutors; and regular checks of private interests. However, reforms in these lines do not seem to add value to the existing system of governance and anticorruption. Elaboration of certain aspect of the reform that already failed does not appear as a step forward in tackling corruption. With low average wage, small GDP and weak pace of economic development, it is one of the poorest performers positioned at the bottom of the Middle level countries. Clearly, Good Governance Standards as they are seen and applied right now do not connect to the essence of the problem and certainly are not solution to the problems of the prosecution in particular and the country in general.

**Austria and Germany.** The prosecutors in these countries may receive instructions internally and externally, at the local and federal levels. Thus the Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice is subject to supervision by the Federal Ministry of Justice. The Federal Minister of Justice is entitled to issue general and specific instructions directly to the Federal Prosecutor General. In Austria, there is an additional mechanism, according to which the minister may consult a body of prosecutorial experts; however, it is not mandatory in nature. More importantly, the minister of justice in Austria has to report such instructions to the Parliament. According to the Recommendation Rec(2000)19 of the Committee of Ministers of the Council of Europe, prosecutors shall be and be seen to be impartial and free of any improper influence, particularly of a political nature.

The instructions by the Government in a specific case must carry with them adequate guarantees of transparency and equity. An example of such safeguard could be a duty of the Government to seek prior written advice from the competent public prosecutor, to duly explain its written instructions, to see to it that, before the trial, the advice and the instructions become part of the file; and that public prosecutors remain free to submit to court any legal arguments of their choice even if they are under a duty to reflect in writing the instructions received. Furthermore, instructions not to prosecute are to remain exceptional and subject to an appropriate specific control, in order in particular to guarantee transparency. GRECO has recommended Germany to consider introducing an amendment abolishing the right of the minister to instruct and remained satisfied that Austria has such system in place. (GRECO, 2015) With regard to the appointment, promotion and other career decisions related to prosecutors, until certain level the decisions are made by the Minister of Justice, and for the rest (top) prosecutors the decisions are made at the Government level. At the regional level, the corresponding power is exercised by the local minister and local government. A minister may transfer this power to the competent Prosecutor General. Furthermore, in the recruitment process, the minister evaluates candidate's suitability and integrity for the prosecutorial position on the basis of the personal impression. GRECO stopped short of recommending introduction of and independent mechanism for career decisions on the prosecutors, such as establishment of the prosecutorial council or curtailing the discretion of the executive in this regard. In view of the above circumstances, Austria and Germany are clearly not tuned with the Good Governance standards of the Council of Europe on matters of appointment and external influence prevention. No direct intention or initiative has been declared so far by these respective institutions on the plans to introduce the appropriate changes. Nevertheless, the system of the prosecution in both countries has sufficient sa-



safeguards and tools preventing corruption. Clearly, the example of these countries signifies the indispensability of the relevant rules in the mentioned areas, subject to the overall proper operation and resilience of the system.

#### **4 CONCLUSION**

The Good Governance standards have significant effect on the capacity of the prosecution service to fight against corruption. The power of this effect differs in each country of the continent. Nevertheless it is not exclusive and the most decisive factor. A myriad of other factors could affect the capacity of the prosecution service to fight against corruption, including economic and political stability, education and culture in the country. These standards have been pronounced from high podiums and reflected in the international instruments. They have been elaborated in great details through a series of soft law instruments and recommendations. Good Governance standards were given effect within the framework of the evaluations by international organizations and in the course of the accession to the European Union and evaluations. These standards are not applied in all countries in a similar way, with advanced countries of the continent missing a number of them in the institutional arrangement of their prosecution services. However, these advanced countries surmount the rest of the countries, which apply the full set of standard measures. This may lead to the conclusion that the application of these standards is not universally palliative, and may potentially produce adverse effects. The reason to that unfortunate result could be entrenched in different level of democratization and rule of law, peculiar culture, and governance capacity of the countries, as well as formalistic manner of the reforms. Similar measures, such as establishment of the prosecutorial councils, resulted in true democratization of the process and produced transparency in one set

of countries and failed to do so in others. Similarly, the participation of the civil society in the work of the prosecution services is not a guarantee of success. Similarly, good wages play minor role in the fight corruption effectively, against the conventional view.

While the governments are the prime targets for blaming in the case of the failure of the application of such standards, there could be objective reasons for such unfortunate occurrences. The most obvious one is the high cost of building and running fair and independent prosecution service. Not every country could bear this cost. For countries with poor economic capacity, small rates of economic growth this task may become unrealistic. Countries like Estonia managed to develop alternative effective strategies to reach the similar successful results using resources that cost cheaper. The paradox of the situation lays in the fact that the countries with good economy do not need implementation of full set of Good Governance reforms. However, the argument of high cost of the Good Governance standards is not necessarily a good one. The conditions of operation of the prosecution services in the developed countries are said to contain sufficient alternative and cost-effective safeguards, which have powerful corruption prevention effect and can effectively replace the costly institutions and safeguards of the Good Governance reforms. This argument is based on the low perception of corruption in these countries. Moreover, the countries with advance level in political stability, regulative quality, freedom of expression, government efficiency have a set framework for effective upholding of the rule of law and controlling corruption on a country level. On the other hand, the countries with poor performance on the mentioned criteria are almost doomed to struggle with curbing corruption and upholding the rule of law.

Corruption in the prosecution services of the advanced countries appears to be low. However, it could be the subjective position dominant in these societies, which prevent open discussion on the

necessity of conducting reforms similar to those pursued in less developed countries. Famous cases, like Tellia Soneria corruption scandal relevant to Finland and Sweden may be a good reason for such a discussion, review and probably reforms. Nevertheless, international organizations, such as GRECO take soft position in the matter, issuing non-mandatory recommendations in respect of these countries. Example of the developed and well-off countries demonstrates strong link also between the Good Governance standards and fight against corruption, since these Standards are used as benchmarks. But when these standards are only applied as only a part of the agenda of reforms, especially in the prosecution services, there is no guarantee that they will definitely foster the fight against corruption and development of a country.

With all the controversies and inconsistencies, the Good Governance standards continue to remain irreplaceable and valuable etalons for the proper operation of the prosecution services. In order to be effective they need to connect to the real cause of the problem. If they do connect and are supported by additional social, economic, cultural and educational mechanisms, they can bring about change. To this end, they shall be tailored to the specific needs of a country, include many stages of application. If the counties are rushed through the implementation of reforms to meet the high level of these standards, they miss the momentum for producing effective solutions to their problems. Therefore, their application shall be genuinely accepted as the continuing process, and be means rather than goals.

## **BOA GOVERNANÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EUROPEU NO CONTEXTO DO COMBATE À CORRUPÇÃO**

### **RESUMO**

*Os padrões de boa governança foram preenchidos com algum valor em vários instrumentos internacionais. Originalmente visto como um processo de tomada de decisão ou meios para alcançar certos objetivos políticos, a boa governança se transformou em um conjunto de medidas de reforma obrigatórias ao nível público e corporativo. A opinião sobre o papel e o impacto desses padrões no contexto da luta contra a corrupção diferem significativamente de acordo com os pontos de vista acadêmicos opostos. Os padrões nesta área foram aplicados efetivamente no decurso das avaliações da União Européia e do Conselho da Europa. Em termos práticos, esses padrões foram “traduzidos” em medidas específicas, apoiados pela forte convicção de que a boa administração desses padrões produziria efeitos positivos na luta contra a corrupção. Os indicadores creditados internacionalmente mostram que os países com a estrutura adequada de boa governança são os campeões do controle da corrupção. Os países abaixo da média em boa governança também apresentam mal desempenho na redução da corrupção. No entanto, a análise qualitativa mostra que os países podem implementar mecanismos de transparência e responsabilização dispendiosos e ainda falham na luta contra a corrupção. A pesquisa não revela uma forte ligação entre a aplicação dos padrões de boa governança e o sucesso de uma luta contra a corrupção. Talvez apenas um ambiente adequado e suporte por medidas adicionais necessárias possam produzir o efeito necessário. Caso contrário, as reformas da boa governança no país, especialmente o Ministério Público, podem se transformar em um exercício formal que produz formas extremas de corrupção.*

**Palavras-chave:** Boa Governança. Prestação de contas. Transparência.

## REFERENCES

ACC Serbia. **Anti-Corruption Council of Serbia**. Retrieved 04 20, 2015, from Serbia's fight against corruption: politicians, taycoons and public enterprises: <http://www.antikorupcija-savet.gov.rs/en-GB/press-clipping/cid1037-1458/serbias-fight-against-corruption-politicians-taycoons-and-public-enterprises> (2011, 03 05).

Andrews, M. **The Good Governance Agenda: Beyond Indicators without Theory**. *Oxford Development Studies* , 36 (4), 378, 381-383, 397-399, 2008.

Berglund, S. J.-K. **The Handbook of Political Change in Eastern Europe**. 3rd Editon ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited. 2013.

Berglund, S. J.-K. (Ed.). **The Handbook of Political Change in Eastern Europe** (3rd Editon ed.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013.

Besley , T., & McLaren, J. **Taxes and Bribery: the role of wages**. *The Economic Journal* (103), 119-141, 1993.

Christiane Arndt, C. O. **Uses and Abuses of Governance Indicators**. OECD Development Centre Studies, 2006.

CIA. **The World Fact Book**. Retrieved from **Centra Intelligence Agency**: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/uk.html>, 2016.

CIVICUS. **CIVICUS Civil Society Index (CSI)**. Retrieved from [http://csi.civicus.org/index.php?option=com\\_content&view=frontpage&Itemid=1](http://csi.civicus.org/index.php?option=com_content&view=frontpage&Itemid=1), 2009.

Daniel Kaufmann, A. K. **Governance Matters VIII: Aggregate and Individual Governance Indicators 1996–2008**. Development Research Group Macroeconomics and Growth Team . 2009.

Daniel Kaufmann, A. K. **The Worldwide Governance Indicators: Methodology and Analytical Issues.** (Policy Research Working Paper 5430). New York, NY, US: The World Bank - Development Research Group : Macroeconomics and Growth Team. (09, 2010).

EPRS. **The Cost of Non- Europe in the Area of Organized Crime and Corruption.** European Parliament. Brussels: EPRS | European Parliamentary Research Service. 2016.

EU Parliament. **Democracy and Respect for Human Rights in the Elargement Process of the European Union.** EU Parliament Briefings , p. 6. 1998, 04 01.

EUObserver. **EU raises alarm on Bulgaria corruption.** EUObserver . 2015, January 28.

Eur-Lex Europa. **Commission Opinion of 22/02/2005 on the applications for accession to the European Union by the Republic of Bulgaria and Romania. Brussels.** Retrieved from [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2005.157.01.0003.01.ENG&toc=OJ:L:2005:157:TOC](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2005.157.01.0003.01.ENG&toc=OJ:L:2005:157:TOC)

European Commission. (2014). Report from the Commission to the Council and the European Parliament EU Anti-Corruption Report. Brussels: European Commission. 2005, 06 21.

Flere, S., Hurrelmann , K., & Klanjšek , R.. **Lost in Democratic Transition? Political Challenges and Perspectives for Young People In South East Europe. Results of Representative Survey in 8 countries.** Berlin, Maribor, Skopje: Friedrich Ebert Stiftung. 2015.

Frank Schimmelfennig, T. A. **Enlargement and the Integration Capacity of the EU: Interim Scientific Results.** MAXCAP Project “Maximizing the integration capacity of the European Union: , pp. 10-16. 2015, 05 01.

GRECO. Evaluating Reports. **Forth Evaluation Round Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors.** 2015-2016.

GRECO. Evaluating Reports. **Forth Evaluation Round: Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors .** 2015-2016.

GRECO. **Prevention of Corruption in Respect of Memembers of Parliament, Judges and Prosecutors.** Strassbourg: Council of Europe. 2015.

GRECO. **Revised Questionnaire on Corruption Prevention in respect of Members of Parliament, Judges and Prosecutors .** Retrieved 09 25, 2016, from Council of Europe's Group of States against Corruption: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Greco%20\(2012\)%2022E%20Questionnaire%20Eval%20IV%20REVISED\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Greco%20(2012)%2022E%20Questionnaire%20Eval%20IV%20REVISED_EN.pdf). 2011, 04 11.

Hillion, C. **The Copenhagen Criteria and Their Progeny.** In C. Hillion, EU Enlargement: A Legal Approach (pp. 1-22). Oxford: Oxford: Hart Publishing. 2005.

ICJ. **Serbia's Judges and Prosecutors: The Long Road to Independent Self-Governance.** Geneva: International Commission of Jurists. 2015.

Johnston, M. **Civil Society and Corruption: Mobilizing for Reform.** New York: University Press of America, 2005b.

Johnston, M. (Ed.). **Civil Society and Corruption: Mobilizing for Reform.** New York: University Press of America. 2005b.

Johnston, M. **Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy.** Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Johnston, M. **Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy.** Cambridge: Cambridge University Press. 2005.

Khan, M. **Governance and Anti-Corruption Reforms in Developing Countries: Policies, Evidence and Ways Forward.** UNCTAD Journal(42), 12-14. 2006, November).

Khan, M. **Governance and Anti-Corruption Reforms in Developing Countries:** Policies, Evidence and Ways Forward. UNCTAD Journal (42), 12-14. 2006.

Khan, M. **Governance, Economic Growth and Development.** DESA. DESA ACC Serbia. (2011b, 23 06). Anti-Corruption Commission of Serbia. Retrieved 04 20, 2015, from Prosecution is "looking into questionable privatizations": <http://www.antikorupcija-savet.gov.rs/en-GB/they-said-it/cid1040-1530/prosecution-is-looking-into-questionable-privatizations> 08, 2007.

Khan, M. **Governance, Economic Growth and Development.** DESA. DESA. 2007.

Novinite. **Bulgaria Prosecutor Resigns over Magistrates Corruption Scandal.** 2009.

OECD. **OECD.** Retrieved 08 12, 2016, from OECD ACN IAP 4th Round Evaluation Methodology: <https://www.oecd.org/corruption/acn/Methodology-4th%20Round-Istanbul-Action-Plan-ENG.pdf>. 2016, 04 22.

PRB. **Prosecution Service of the Republic of Bulgaria.** Retrieved 11 07, 2016, from <http://www.prb.bg/en/prosecutors-office/history/>.2016.

Rijksuniversiteit Groningen. **Unity and Diversity of the Public Prosecution Services in Europe:** A study of the Czech, Dutch, French and Polish Systems. Retrieved 10 20, 2016, from Research School of the Groningen Faculty of Law 'Incorporation and: [http://www.rug.nl/research/portal/files/2712234/14\\_thesis.pdf](http://www.rug.nl/research/portal/files/2712234/14_thesis.pdf). 2008, 06 12.

RJT. **REPUBLIKOG JAVNOG TUŽILAŠTVA REPUBLIKE SRBIJE** - Public Prosecution Service of the Republic of Serbia. Retrieved 11 01, 2016, from



<http://www.rjt.gov.rs/sr/organizacija/o-rjt-u/istorijat>. 2016.

Rose-Ackerman, S. **The Political Economy of Corruption**. In **K. A. Elliott (Ed.), CORRUPTION AND THE GLOBAL ECONOMY** (pp. 31-60). New York: Academic Press.

SELDI. (2014). Corruption Assessment Report in Serbia. Southeast Europe Leadership for Development and Integrity (SELDI). Belgrade: Center for Liberal-Democratic Studies CLDS. 1997.

Tak, P. **Methods of Diversion used by the Prosecution Services in the Netherlands and other Western European Countries**. UNOFEI (74). 2005.

Tanzi. **Tax evasion: a model**. Journal of Public Economics , 2 (4), 339-346.

TI CPI. (2014). Transparency International's Corruption Perception Index Technical Methodology. Berlin, Germany. Retrieved from [http://www.transparency.org/cpi2014/in\\_detail#myAnchor1](http://www.transparency.org/cpi2014/in_detail#myAnchor1). 1990.

TI GCB. **Transparency International**. Retrieved 07 14, 2016, from Global Corruption Barometer: [https://www.transparency.org/gcb2013/in\\_detail](https://www.transparency.org/gcb2013/in_detail). 2016.

TI NIS. **Transparency International's National Integrity System. Berlin, Germany**. Retrieved from [http://www.transparency.org/files/content/nis/NIS\\_Background\\_Methodology\\_EN.pdf](http://www.transparency.org/files/content/nis/NIS_Background_Methodology_EN.pdf)

TI. (2016). Transparency International . Retrieved 07 14, 2016, from Global Corruption Barometer: [https://www.transparency.org/gcb2013/in\\_detail](https://www.transparency.org/gcb2013/in_detail). 2011.

UN OHCHR. **Good Governance and Human Rights**. Retrieved from <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/GoodGovernanceIndex.aspx> UNDP. (2005).

Prosecuting Financial Crime: Guidelines for Judges and Prosecutors. Beograd: UNDP. Retrieved from [http://www.undp.org/content/dam/serbia/Publications%20and%20reports/UNDP\\_SRB\\_Prosecuting\\_Financial\\_Crimes\\_-\\_Guidelines\\_for\\_Judges\\_and\\_Prosecutors.pdf](http://www.undp.org/content/dam/serbia/Publications%20and%20reports/UNDP_SRB_Prosecuting_Financial_Crimes_-_Guidelines_for_Judges_and_Prosecutors.pdf). 2016.

UNESCAP. **What is Good Governance?** Bangkok, Thailand. Retrieved from <http://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>. n.d.  
UUTISET. **Finland:** World's second-least corrupt nation? YLE UUTISET .

Venice Commission. (2010). Report on the European Standards as Regards the Independence of the Judiciary: Part II - The Prosecution Service. Council of Europe, European Commission for the Democracy through Law. Council of Europe. 2016, 01 28.

WB Doing Business. **Enforcing Contracts Methodology.** Washington, US. Retrieved from <http://www.doingbusiness.org/Methodology/Enforcing-Contracts>. 2016.

WGI. **Methodology for Evaluation.** Retrieved from World Governance Indicators: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#doc>. 2016.

WGI. **Methodology.** Retrieved from Worldwide Governance Indicators: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>. 2016.

WJP . **World Justice Project** . Retrieved 07 13, 2016, from Rule of Law Index Methodology: [http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/media/rolindex2016\\_methodology.pdf](http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/media/rolindex2016_methodology.pdf). 2016.

WJP Rule of Law Index Methodology. **World Justice Project.** Retrieved 07 13, 2016, from Methodology: [http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/media/rolindex2016\\_methodology.pdf](http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/media/rolindex2016_methodology.pdf)

WJP. **Historical Data.** Retrieved from World Justice Project: <http://worldjusticeproject.org/historical-data>. 2016.

World Bank Group. (2016). Resilient Growth Among Rising Risks. South-East Europe: Regular Economic Report. 2016.

# La Determinación de la Pena en el Procedimiento Abreviado<sup>1</sup>

Fernando M. Rodrigo<sup>2</sup>

## RESUMEN

El problema de la justificación de la pena, entendiendo a tal como el poder de la comunidad política cualquiera de ejercitar violencia programada sobre sus miembros, es uno de los mayores y más clásicos problemas del Derecho Penal y de la Filosofía del Derecho. La mayor parte de las decisiones judiciales en punto a la determinación de la pena pone de manifiesto con toda claridad que la graduación y elección de la pena en cada caso, se encuentra librada más que al arbitrio a la arbitrariedad del juzgador. En la determinación de la pena cobra virtualidad el mérito y utilidad del instituto que puede catalogarse como paradigmático en el campo de los procedimientos basados en el consenso, el *plea bargaining* o en nuestra legislación denominado procedimiento abreviado, que es un acuerdo entre el fiscal, el imputado y su Defensor y que evita el juicio oral, considerando que en dicho acuerdo debe determinarse la pena por las partes que luego será controlada por el Juez. El procedimiento abreviado conduce a una rápida y definitiva solución de la mayoría de los procesos penales; evita muchos de los efectos corrosivos debido a la forzosa

<sup>1</sup> Fecha de recepción: 18/05/2017. Fecha de aceptación: 02/06/2017.

<sup>2</sup> Fiscal Adjunto de la Unidad Fiscal Investigación y Juicio N° 1 –sede ciudad de Rosario- del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe, República Argentina – Presidente de la Asociación de Fiscales del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe, República Argentina - Magister en Derecho Procesal (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina) - Abogado (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina); Mediador Penal (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe); Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, República Argentina (cátedras de Introducción al Derecho y Derecho Procesal Penal, y ex Docente de Derecho Penal I –Parte General-); Profesor del Instituto de Seguridad Pública (I.Se.P.) –ex Escuela de Cadetes de Policías- de la Provincia de Santa Fe, República Argentina. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y de International Association of Prosecutors (IAP).

ociosidad durante la prisión preventiva de aquellos a quienes les ha sido denegada la libertad en espera del juicio; protege a la sociedad de aquellos acusados inclinados a persistir en su conducta criminal incluso durante su libertad provisional. De tal modo en los acuerdos de parte, cualquier sea el tipo de ellos, el órgano jurisdiccional debe descansar sobre lo realizado por las partes en un modelo de igualdad procesal y que necesariamente debe partir de la premisa de que tanto el actor penal público como la defensa han hecho bien su trabajo; no se pueden tolerar mecanismos de negociación que funcionen sobre la base de la desconfianza.

**Palabras clave:** *Penal. Derecho penal. Determinación de la pena.*

## 1 INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente cualquier estudio del proceso penal se inicia afirmando que este puede definirse como una variedad del proceso, junto a otros como el proceso civil, laboral o contencioso-administrativo. El elemento común a todos ellos es que constituyen el instrumento a través del cual se desarrolla la función jurisdiccional del Estado; siendo entonces que el calificativo “penal” permite afirmar que en esta variedad de proceso la función jurisdiccional se concreta en la protección del ordenamiento jurídico penal, en la realización del derecho penal sustantivo.

Desde esta última perspectiva cabe recordar la afirmación de Carnelutti en cuanto a que los términos delito, pena y proceso son rigurosamente complementarios (CARNELUTTI, 1994, p.16), por lo tanto se puede concluir que el proceso penal es el instrumento a través del cual se desarrolla el *ius puniendi* del Estado.

Lo hasta aquí expuesto, no es más que un recordatorio de los conceptos básicos sobre el proceso y el derecho penal, y su relación con la Teoría General del Proceso, y en el tema que nos ocupa re-

lacionarlo con los acuerdos de partes que pueden surgir a partir de la autonomía de la voluntad al estilo de lo que se habla de ella en el proceso civil, es decir dentro del ámbito de libertad que tienen las partes a partir del artículo 13 del Código Procesal Penal de Santa Fe (CPPSF) y de las demás normas concordantes<sup>3</sup>.

La idea de autonomía de la voluntad tradicional de la teoría general del derecho no es extraña al proceso penal, esta se encuentra expresada concretamente, verbigracia, el derecho a declarar o no hacerlo cuando lo considere necesario –no pudiendo obligarlo a hacerlo tal como lo establece el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina- y en su caso responder o no preguntas, tal como lo establece el art. 277 y 280 del CPPSF, o también en el caso de la autodefensa estipulada en el art. 114 de dicho código.

En la problemática de la pena subyacen varios tópicos fundamentales del Derecho Penal, como así también, su vinculación e inserción con la Constitución Nacional. No puede descartarse o desatenderse a la pena, en razón de que la misma afecta la libertad, la honra y la vida del hombre.

La importancia del tema, se observa claramente al analizar las normas del ordenamiento jurídico, así, en toda norma penal hallamos que se encuentra establecido un hecho ilícito o entuerto –o sea la acción que debe realizar el sujeto- y una sanción –que es la consecuencia imputada al mismo-; esto suele expresarse en la perinorma “dado no P, debe ser S” , o en términos de lógica proposicional:  $t = Ds$ , sí, y sólo sí, la transgresión ocurre, entonces debe ser la sanción.

La pena es esencial para la comprensión del Derecho Penal, y esto es porque el Estado es quien tiene en su poder la fuerza y la aplicación del *ius puniendi* como también la creación de las figuras penales con sus correspondientes sanciones; las penas que hoy encontramos,

---

3 Una de las características principales del procedimiento acusatorio que consagra la ley santafesina radica en la posibilidad de desestructurar el procedimiento, pudiendo las partes disponer lo conducente a un mejor desarrollo del proceso, siempre respetando las garantías constitucionales. En tal sentido puede v. ERBETTA, Daniel, ORSO, Tomás, FRANCESCHETTI, Gustavo, y CHIARA DÍAZ, Carlos, *Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. Comentado – Ley 12734*, Zeus, Rosario, 2008, pág. 78/9.

como las pautas para su valoración y aplicación, han evolucionado desde los comienzos de la humanidad<sup>4</sup>.

De acuerdo con lo que se viene relatando y planteando, junto a la teoría del delito y la teoría del sujeto responsable, existe una teoría de la determinación de la pena. En la teoría de la determinación de la pena, juegan criterios relativos al delito, también relativos al sujeto responsable, como así también los de necesidad de la pena y el de indemnidad personal, y es lo que se pretenderá explicitar en lo sucesivo a los fines de que el procedimiento abreviado sea respetuoso del ordenamiento jurídico en cuanto a la determinación de la pena.

## **2 LA PENA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: LÍMITES INFRANQUEABLES**

La diferencia entre las leyes penales y las no penales se encuentra en que las primeras habilitan penas y las segundas no. Es a partir del concepto de pena, como sostiene Zaffaroni, que debe construirse y desarrollarse la teoría del Derecho Penal (ZAFFARONI, 2006, p. 33); se han brindado muchos conceptos de pena, como también se han desarrollado infinidad de teorías sobre el fundamento y función de la misma, aquí no se abordará ese tema, sino sólo la cuestión de qué límites se encuentran para la determinación y aplicación de la misma, estos límites, se adelanta, pertenecen y se encuentran en la Constitución Nacional de un Estado de Derecho como es el nuestro.

En el mismo sentido, el autor señalado sostiene que además de los derechos y principios constitucionales que se aplican a cada cuestión que se presenta, existen cuatro principios básicos de raigambre constitucional y que son lineamientos en la construcción jurídica de la teoría de la coerción penal, estos principios son el de legalidad de la pena, el de la racionalidad de la pena, de humanidad

---

<sup>4</sup> Encontramos manifestado ello en varios textos legales de la humanidad, a guisa de ejemplo: El Código de Hammurabi en Babilonia (siglo XXII a.C.), las Leyes de Manu en la India (siglo XI a.C.), las Leyes de Dracón en Atenas (siglo VII a.C.), o las Doce Tablas en Roma (siglo V a.C.), entre otros.

de la pena y por último el de personalidad de la pena (ZAFFARONI, 1988, pp. 112-113).

Ahora bien, el problema de la justificación de la pena, entendiendo a tal como el poder de la comunidad política cualquiera de ejercitar violencia programada sobre sus miembros, es uno de los mayores y más clásicos problemas del Derecho Penal y de la Filosofía del Derecho, siguiendo a Ferrajoli,

este problema ha puesto en un segundo plano las otras dos cuestiones de justificación externa relativas al «si. y al «por qué del derecho penal»: «si y por qué prohibir», que es una cuestión que antecede a aquella otra del «si y por qué castigar, y «si y por qué juzgar», que es una cuestión subsiguiente a las otras dos; (FERRAJOLI, 1995, pp. 247-248).

estas cuestiones, han tenido históricamente dos respuesta, por un lado la línea de principio positiva, por el otro, una línea de principio negativa<sup>5</sup>.

La justificación y los límites se encuentran en el Estado de Derecho, donde toda ley tiene que respetar y ser conforme a la Constitución, para ello, el Estado debe emitir normas previas, generales, abstractas, igualitarias, claras y precisas, que no se contradigan con los presupuestos sobre los que se construye el Estado, en definitiva, esas normas deben justificarse en la Carta Magna, con esta afirmación decimos que el Estado y las normas que de él emanan,

nace(n) de la Constitución, con los caracteres y atribuciones que ésta le fija. El Estado está, pues, dentro de la Constitución, de modo que la norma fundamental no es un

---

<sup>5</sup> “Las respuestas positivas son las proporcionadas por las doctrinas que he llamado justificacionistas, en tanto en cuanto justifican los costes del derecho penal con fines, o razones, o funciones moral o socialmente irrenunciables. Las respuestas negativas son por el contrario las ofrecidas por las llamadas doctrinas abolicionistas, que no reconocen justificación alguna al derecho penal y propugnan su eliminación, bien porque impugnan de raíz su fundamento ético-político, bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores al coste de la triple constricción que produce: la limitación de la libertad de acción para los cumplidores, el sometimiento a juicio de todos aquellos de quienes se sospecha que son incumplidores y el castigo de cuantos se juzgue que lo son...”, en FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995, págs. 247/8.

producto de aquél, sino que, al contrario, el Estado nace de la Constitución. No se trata que el Estado tenga una Constitución, sino que esté dentro de ella<sup>6</sup>.

De ésta manera, el Estado tiene límites, debe respetar los derechos de sus habitantes, debiendo actuar acorde a los principios fundamentales, respetando la libertad de todo hombre. Por lo tanto, la construcción del Derecho Penal, en la cual se encuentra la teoría de la pena, debe construirse dentro de las fronteras de la Carta fundamental, estableciéndose que puede ser objeto de pena y dando respuesta a cuales son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea punible<sup>7</sup>.

En este punto es donde cobra relevancia el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, principio que debe entenderse como límite del Estado liberal y democrático, que funciona como garantía de los individuos. Mediante este principio se exige que la ley penal debe estar determinada tanto el precepto, que consiste en la descripción de la acción definida como delito, como la sanción –pena-, que consiste en la consecuencia jurídica impuesta al autor del acto delictivo<sup>8</sup>, esta ley debe ser escrita, estricta, cierta, previa y debe tutelar bienes jurídicos constitucionalmente receptados<sup>9</sup>. El principio fundamental aquí, es que debe existir una adecuada relación entre delito y pena, en razón de que con la pena se reprocha al autor una transgresión, por lo que ello presupone culpabilidad, lo contrario sería “una represalia incompatible con el estado de derecho para un hecho por el cual el autor no tiene que responder. Con esta afirmación no hay duda que el límite superior de la infracción es la culpabilidad” (MOURACH, 1962, p.526).

---

6 DONNA, Edgardo A., *Teoría del Delito y de la Pena*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1996, tomo I, pág. 3. Puede c. también VITALE, Gustavo L., Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal, en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1998, págs. 74/5.

7 Puede v. MIR PUIG, Santiago, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1982, págs. 41 y ss.

8 Puede c. TERÁN LOMAS, Roberto A. M., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, tomo I, págs. 129 y ss.

9 PRUNOTTO LABORDE, Adolfo B. J., *Principio de legalidad. Alcances y precisiones*, en *Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales - I*, Nº 1, Director: Edgardo Alberto Donna, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, págs. 372/73.



La seguridad jurídica exige la previsibilidad y la capacidad previa de medir previamente la pena<sup>10</sup>, esto lleva “ a que exista una proporción entre pena y castigo, por una parte, y por otra, que la determinación y delimitación de comportamiento punible se realice sobre presupuestos constitucionales” (DONNA, 1996, p.6), este principio se encuentra receptado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, como también en los diferentes tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, artículo 75 inc. 22, así, verbigracia, encontramos, el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Debe afirmarse que en el Estado de Derecho la ley previa exige que la descripción típica, la pena y sus consecuencias sean establecidas de antemano, es decir, previamente a la comisión del ilícito penal, de tal manera que el destinatario de la norma pueda prever la conducta que se ha legislado, todo ello en virtud de que el Derecho Penal tiene la función de preservar el Estado de Derecho, el mismo es “un apéndice indispensable del derecho constitucional de todo estado constitucional de derecho” (ZAFFARONI, 2006, p. 67).

### **3 CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA DETERMINACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA PENA**

El derecho penal, enseñaba Bettiol, es una política, de tal modo, ninguna articulación dogmática, por sutil que sea y por sólida que parezca, admite ser coherentemente explicada, sin conexión con un objetivo político-criminal (BRTTIOL, 1958, p.5).

---

<sup>10</sup> “Para que una norma armonice con el principio de legalidad es necesario que, además de describir la conducta reprochable, establezca la naturaleza y límites de la pena, de modo tal que al momento de cometer la infracción su eventual autor esté en condiciones de representarse en términos concretos la sanción con la que se lo amenaza”, CSJN, Cottonbel S.A. s/ apel. art. 6° ley 18.250 modif. por ley 19.877 (Secretaría de Marina Mercante), 17/09/1992, C. 219. XXIII, Fallos T. 315, P. 2101.

Constante esfuerzo se realiza para contener el poder punitivo del Estado<sup>11</sup>, uno de los modos de contenerlo está dado en la cuantificación de la pena, que consiste en la cantidad de pena que el juez debe permitir que se ejerza en caso de condena, éste “es un momento esencial donde la agencia judicial agota su capacidad jurídica para mantener dentro de los límites más tolerables los impulsos expansionistas de la selectividad de la criminalización secundaria” (ZAFFARONI, 2006, p. 741).

A todos los operadores del derecho penal –abogados defensores, fiscales, jueces, científicos del derecho- se nos viene la pregunta de ¿cuánta pena para el hecho imputado a un sujeto determinado?, y nos encontramos con que no existe ninguna relación natural entre el delito y la pena, pero ello no excluye que ésta última deba ser adecuada al primero en alguna medida,

precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro. El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico (FERRAJOLI, 1995, p.398).

El principio de la proporcionalidad de la pena se remonta a la antigüedad<sup>12</sup>, pero a partir de la Ilustración es donde se afirma la existencia y deber de aplicación de este principio, así encontramos que Beccaria pensó y expresó que “si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas,

---

11 Puede c. MOCCIA, Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistemática teologica*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 1992.

12 La exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito fue expresada ya por Platón, en *Las leyes*, págs. 220/2: “¿No hemos de distinguir entre el ladrón que roba mucho o poco, el que roba de lugares sagrados o profanos, ni atenderemos a tantas otras circunstancias enteramente desemejantes entre sí, como se dan en el robo, que siendo muy varias exigen que el legislador se atenga a ellas imponiendo castigos totalmente diferentes?...” El principio luego fue sancionado en la Carta Magna de 1215.

debería haber una escala correspondiente de penas en que se gradúen de la mayor hasta la menos dura”, agregando que el que debe establecer las pautas para la proporcionalidad en el caso concreto no es otro que el legislador, así sostuvo que “al sabio legislador le bastará con señalar los puntos principales sin perturbar el orden, no decretando para los delitos del primer grado las penas del último”<sup>13</sup>.

La constante preocupación entorno a la determinación e individualización de la pena y los parámetros a seguir no es exclusiva de nuestro sistema, ya Jescheck ha expresado que

la praxis de la determinación de la pena en los tribunales alemanes vive, a causa de la falta de una teoría desarrollada de la determinación de la pena, en una situación de crisis permanente, que con su rápida sucesión y sus extremas oscilaciones pendulares ha contribuido no poco a dañar la confianza de la comunidad en la administración de la justicia”(JESCHECK, 1993, p. 678),

pero en nuestro país la situación es más preocupante, según lo sostiene Magariños<sup>14</sup>,

la mayor parte de las decisiones judiciales en punto a la determinación de la pena pone de manifiesto con toda claridad que la graduación y elección de la pena en cada caso, se encuentra librada más que al arbitrio a la arbitrariedad del juzgador, sin que las decisiones se presenten sobre la base de una justificación racional, limitándose, por lo general, a la mera remisión de lo establecido en los arts. 40 y 41 del código de fondo (MAGARIÑOS, 1993, p. 71).

El Código Penal de la República Argentina consagra, en los artí-

---

13 BONESANA, Cesare, Marqués de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, traducción de Francisco Tomás y Valiente, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2005, pág. 83; Puede v. SECONDAT, Carlos Luis de, barón de la Bredé y de Monstequieu, *Del espíritu de las leyes*, 10 ° edición, traducción de Nicolás Estévanez, Editorial Porrúa S.A., México, 1995, págs. 61/62.

14 MAGARIÑOS, Mario, *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*, en *Determinación judicial de la pena*, compilador Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pág. 71. En el mismo sentido se encuentra Zaffaroni, quien sostiene que “...se debe confesar que se trata del campo más arbitrario en el ámbito de nuestra práctica tribunalicia y, por consiguiente, una fuente tremenda de inseguridad jurídica.”, en ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., tomo V, pág. 270.

culos 40 y 41, criterios para la determinación de la pena, estas reglas son de aplicación a las denominadas penas divisibles, es decir, a aquellas en que se establece un marco o escala penal dentro del cual debe determinarse la pena para el caso concreto, igualmente estos criterios -siguiendo a Patricia Ziffer- deben orientar la decisión judicial en casos de penas alternativas, incluso si la alternatividad se da entre penas no divisibles y divisibles<sup>15</sup>.

Asimismo debe considerarse la interrelación de las escalas penales de donde surgen los valores que el sistema -el legislador al dictar las normas- ha considerado, otorgando diferentes posiciones a los bienes jurídicos que si son violados se les aplicará una pena, en otras palabras de ellas surgen cual es la escala de valores en el ordenamiento jurídico. Ello debe complementarse con los fines de la pena y las reglas de la teoría de la imputación, debiendo el juez fundamentar explícitamente, para permitir el control crítico-racional del proceso de decisión<sup>16</sup>.

#### **4 EL CONSENSO EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Refiriéndose al mérito y utilidad del instituto que puede catalogarse como paradigmático en el campo de los procedimientos basados en el consenso, el *plea bargaining*, el Tribunal Supremo estadounidense ha expuesto que éste conduce a una rápida y definitiva solución de la mayoría de los procesos penales; evita muchos de los efectos corrosivos debido a la forzosa ociosidad durante la prisión preventiva de aquellos a quienes les ha sido denegada la libertad en espera del juicio; protege a la sociedad de aquellos acusados inclinados a persistir en su conducta criminal incluso durante su libertad provisional; y, abreviando los plazos que discurren

---

15 ZIFFER, Patricia S., Comentario a los artículos 40 y 41, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo II, Dirección: David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 59.

16 Cf. ZIFFER, Comentario a los artículos 40 y 41, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, op. cit., tomo II, pág. 59.

entre la acusación y la sentencia, incrementa las perspectivas de rehabilitación del culpable una vez que, pronunciada la condena, éste venga sometido al tratamiento penitenciario<sup>17</sup>.

Por otro lado, y alejándose de enfoques eficientistas, diversos autores han cuestionado insistentemente este tipo de procedimientos consensuales, por conllevar la oferta de reducción de pena a cambio de la aceptación, no discusión, o confesión de los hechos de cargo y la renuncia al juicio oral, una especie de coerción psicológica que excluye la voluntariedad del acusado, pues, ante la posibilidad de terminar prontamente el proceso, y con ello las cargas que éste ha podido acarrearle, y además con una pena sustancialmente menor a la que obtendría en un juicio ordinario, el acusado se vería naturalmente compelido a dimitir a ejercer su derecho a un juicio oral<sup>18</sup>. Esta crítica, se exaspera frente a procedimientos que admiten como objeto de la negociación entre el Ministerio Público y el acusado y su defensor, ya no sólo el rito a que se someterá el juzgamiento de los hechos, o la pena a que se expondrá el acusado, sino que incluyen también al mérito fáctico del proceso, permitiendo para ello al Ministerio Público disponer de éste con mayor o menor discreción.

El nuevo proceso penal santafesino, vigente desde el 10 de febrero de 2014, receptó un sistema acusatorio, que dejó la investigación y el ejercicio de la acción penal pública en manos del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe (art. 16 del CPPSF) el que puede celebrar procedimientos abreviados alternativos al juicio oral, en este tipo de procedimiento existen ciertos márgenes de negociación con el acusado, entre los que se encuentra la pena.

Dicho procedimiento abreviado consiste, en el juzgamiento del acusado en base a los antecedentes investigativos recopilados por el Ministerio Público de la Acusación durante la fase de investigación,

---

17 "New York vs. Santobello", 404 U.S. 257, 260 (1971). En términos similares se había ya pronunciado la American Bar Association, en sus *Standards for Criminal Justice*, 1970, *Commentary to Standard*, 14.3.1, fn.12.

18 Por todos, LANGBEIN, John H., *Tortura y "Plea Bargaining"*, en AA.VV., *El procedimiento abreviado*, compiladores Julio Maier y Alberto Bovino, Editores del Puerto, Bueno Aires, 2001, pág. 126.

los cuales, el acusado declara aceptar, al igual que los hechos de la acusación, renunciando por tanto al juicio oral, y, exponiéndose en caso de condena a una pena que no puede superar la solicitada por el fiscal.

Si bien, el procedimiento abreviado, en cuanto institución procesal basada en el consenso, es aún objeto de críticas (HORVITZ LENON; LÓPEZ MASLE, 2005, p.510) tal como ya he adelantado, principalmente por la coacción implícita en la exposición a una pena sustancialmente superior en caso de ejercer el derecho a juicio oral, hoy este procedimiento se ha legitimado y asentado con firmeza como parte esencial del sistema procesal penal, y la controversia se ha desplazado desde la esencia de la institución hacia la definición de sus contornos, es decir, hacia la precisión del objeto del consenso o pacto entre los que se encuentra la pena.

## **5 PARTICIPACIÓN ACTIVA DEL IMPUTADO**

Los exponentes de la negociación han expuesto que “En las negociaciones complejas, cada cual considera al otro una persona difícil (...) No importa quién es el difícil; el reto es transformar un enfrentamiento en un ejercicio de solución conjunta de problemas” (FISHER, 1991, p.12).

Es aquí donde no sólo el Fiscal negocia o pone en consideración las pautas para determinar la pena sino que también lo hace el imputado y su abogado defensor, obviamente buscando cada parte satisfacer su posición y su interés; sobre la actuación del imputado y su voluntad de colaborar con la negociación en el procedimiento abreviado es donde se centra la aplicación de este instituto, en razón de que es el sindicado el que debe en primera instancia aceptar su responsabilidad en la realización o participación del hecho ilícito, para que posteriormente el Fiscal, con la contraparte, considere las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del Código Penal de la República

Argentina como las agravantes y atenuantes genéricas o particulares de cada tipo penal, siendo en definitiva el imputado el que decidirá finalmente si se somete al juicio oral y público, o si renuncia a este derecho y se somete al procedimiento abreviado.

Cabe indicarse, aunque sea una obviedad, que en todas las decisiones del imputado, éste estará asistido por su abogado defensor quien lo asesorará y evitará que se vulneren los derechos y garantías del mismo.

Deviene entonces que el Juez en la audiencia oral y pública de procedimiento abreviado hará reconocer la firma al imputado y le preguntará si su acuerdo es libre y voluntario, escuchando al imputado en todo lo que decida manifestar con respecto al acuerdo.

Es necesario destacar que la comisión de un delito puede implicar a uno o más sujetos, siendo que el procedimiento abreviado deberá ser acordado con cada uno de ellos, no extendiéndose el acuerdo de uno para con otros, es exclusivamente al acusado que acordó y que aceptó su aplicación, pues si hay otro u otros imputados deberán sujetarse de modo individual a los requisitos para la aplicación del procedimiento abreviado, sin embargo, la pena a aplicar a cada uno deberá ser proporcional al hecho, la calificación y a las pautas mensurativas, no pudiendo existir una manifiesta desproporcionalidad entre uno y otro imputado salvo por cuestiones particulares que la ameriten, como ser, verbigracia, que uno es autor y el otro partícipe secundario.

Por lo tanto, una de las mayores características del procedimiento abreviado es que es ágil y eficiente, se está frente a una vía procesal donde lo esencial es la acortamiento de los trámites penales, basándose en una audiencia oral ante el Juez que realizará el contralor de legalidad correspondiente para luego dictar la sentencia homologatoria y aplicando la pena acordada por las partes de conformidad a los parámetros que establece el Código Penal Argentino, no pudiendo el magistrado modificar la misma, todo ello permite

lograr los principios procesales de inmediatez, oralidad, celeridad, concentración y colaboración de las partes, que son los principios básicos sobre los que descansa el código procesal santafesino que recepta al sistema acusatorio.

## **6 EL ACUERDO DE PARTES EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS**

La nota distintiva del procedimiento abreviado es que el acusado, con el debido asesoramiento legal, negocia la calificación y la pena, y que lo hace por propia conveniencia ya que, sin dudas, evalúa las posibilidades concretas que se le presentan y opta por una sentencia rápida y un monto de pena siempre menor como también de posibles reglas de conducta que pueden resultar beneficiosas para resocializar al imputado, ante una posibilidad cierta de condena, por lo que obtiene de dicho trámite una situación ventajosa.

Algunos autores, entre los que se encuentra Roberto Falcone, señalan, que la figura del procedimiento abreviado se inscribe dentro de lo que se llama legislación de emergencia, con la que se pretende combatir la morosidad judicial descongestionando el número de casos penales a la espera del juicio, y al mismo tiempo, el juicio oral y público se reserva para los casos más trascendentes, evitándole al acusado la pena del banquillo, y convirtiendo de esta manera a la publicidad en un derecho disponible, donde el imputado renuncia a la publicidad del juicio, a interrogar públicamente a los testigos de cargo, o cuestionar también públicamente el fundamento de la acusación<sup>19</sup>.

A mayor abundamiento, debe señalarse lo sostenido por Carrió en cuanto afirma que según nuestro sistema de garantías constitucionales nada impide que la garantía que consagra la pena sin juicio sea algo renunciable por el imputado, en la medida en que lo haga

---

<sup>19</sup> Cf. FALCONE, Roberto A. y MADINA, Marcelo A., *El proceso penal en la provincia de Buenos Aires*, 2da. edición actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, págs. 485 y ss.



conscientemente y con total conocimiento de sus consecuencias<sup>20</sup>. En este sentido cobra trascendencia la presencia del abogado defensor aconsejándolo y explicándole la magnitud del derecho al que renuncia, se vuelve aquí indispensable, dentro del esquema que establece nuestro código de rito son las partes las que acuerden si el juicio tendrá lugar o no.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia al expresar que

(...) al haber exteriorizado libremente, tanto el imputado como su defensor, la voluntad de concluir el referido concordato en la forma en que fue plasmado, cualesquiera que fuesen las razones que a ello los determinaron, no puede la parte intentar modificar, a posteriori y según su conveniencia, los términos en que aquél fue pactado(...)<sup>21</sup>

con este alcance, "...autorizar una modificación como la aquí pretendida implicaría vulnerar las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio de la contraparte, que prestó su consentimiento respecto de la totalidad de los puntos motivo de conciliación (...)<sup>22</sup>.

En estos casos cobra relevancia la llamada teoría de la responsabilidad por los actos propios que se desgaja del principio de buena fe que debe existir entre las partes, que impregna la totalidad del ordenamiento jurídico, y condena la adopción por el sujeto de actitudes reñidas con las que ha observado anteriormente en la misma relación jurídica, en este sentido nuestro máximo tribunal ha expresado que es dable exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que -merced a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro<sup>23</sup> no sólo la buena fe sino

---

20 CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5ta. edición actualizada y ampliada, 2da. reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 125 y ss.

21 Cám. Nac. Casación Penal, causa n° 11.526, "Aquino, Cristian Daniel s/recurso de queja", rta. el 3 de julio de 2009, reg. n° 14.190 de la Sala I.

22 Cám. Nac. Casación Penal, Sala I, causa n° 4966 "Samperi, César Damián s/recurso de queja", reg. N° 6208, del 26/9/2003.

23 C.S.J.N., Fallos: 311:971.

también la seguridad jurídica se encontrarían gravemente resentidas si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien traba una relación jurídica con otro y luego procurara cancelar sus consecuencias para aumentar su provecho.

La teoría de los actos propios viene expresada en los brocardos latinos “*Nemo contra Factum proprius venire potest*” ó “*adversus factus suum quis venire non potest*” ó “*venire contra Factum proprios Nemo potest*” y que es común sintetizarla como que nadie puede ir o volver válidamente sobre o contra sus propios actos; la misma tiene sus orígenes tanto en el derecho alemán, como en la jurisprudencia española y en el derecho inglés cuyo instituto lleva el rótulo de *stoppel*.

Los presupuestos de la “teoría de los actos propios” se resumen en tres: **a)** la conducta inicial, que constituye el *factum proprium*, consistente en un hecho o hechos que demuestran la toma de posición respecto de determinada situación jurídica; **b)** la unidad de situación jurídica, la contradicción debe observarse en el marco de una misma relación o situación jurídica; **c)** si el *factum proprium* y la conducta posterior que lo contradice deben emanar del mismo sujeto jurídico y en relación al mismo sujeto jurídico.

En resumen, la aludida teoría de los actos propios es aquella que vela por la coherencia de la conducta de los intervinientes en el proceso y según la cual las partes, no pueden contradecir sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, y en consecuencia no puede afectar la pena determinada en el acuerdo y sometida a homologación de un magistrado.

## **7 LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Es el artículo 339 del Código Procesal Penal de Santa Fe (CPPSF) la fuente legal de la determinación de la pena en el acuerdo abreviado, en razón de que dicha norma establece los requisitos del acuerdo,

a saber (...) 1) los datos personales del Fiscal, del defensor y del imputado; 2) el hecho por el que se acusa y su calificación legal; 3) la pena solicitada por el Fiscal; 4) la conformidad del imputado y su defensa respecto de los requisitos precedentes y del procedimiento escogido; 5) en su caso, la firma del querellante o en su defecto, la constancia de que el Fiscal de Distrito lo ha notificado del acuerdo y no ha manifestado en término su disconformidad. En caso de disconformidad será necesaria la firma del Fiscal General; 6) cuando el acuerdo versara sobre la aplicación de una pena que excediera los ocho (8) años de prisión, se requerirá además la firma en el mismo del Fiscal General.

Al igual que el Código Procesal Penal de la Nación Argentina (CPPN), el santafesino (CPPSF) hace poco o escaso reparo de la forma en que debe arribarse a la determinación de la pena, en virtud de que la ley procesal no dispone mecanismos, requisitos o pautas a seguir o considerar por parte del Fiscal o de la contraparte, y que el Juez pueda controlar, pudiendo estimar entonces la pena libremente, quedando quizá a la discrecionalidad del actor penal, esto no es nuevo en nuestra legislación, sino que sigue la línea de una larga tradición que señala que en materia de fijación de pena, a falta de referencias concretas, existe un poder discrecional en manos de la autoridad encargada de su aplicación (ZYSMAN B., 1997, p. 335).

Los únicos límites que encontraría el Fiscal estaría dado por el máximo legal correspondiente a la calificación legal escogida y como otro límite, que impediría o frustraría la celebración del acuerdo, el rechazo por parte del imputado y su defensor de la pena escogida por el Fiscal.

Expresa Rafecas, en comentario a la normativa del código de rito nacional, similar al santafesino, que si bien

se trata de un acuerdo o pacto, lo cierto es que de la letra de la ley, no surge con claridad que ambas partes estén en un pie de igualdad en cuanto a la fijación de la pena que

corresponde al caso: la ley está dirigida en este punto exclusivamente al fiscal, es este funcionario el que la estima, y es a quien se le exige que acompañe la conformidad del imputado y su defensor. De todo esto se desprende un claro dominio de la situación por parte del fiscal desde el mismo punto de partida de la negociación en ciernes<sup>24</sup>.

Nuestro modelo tiene antecedente en el derecho norteamericano, en el instituto del *plea bargaining*, el fiscal es quien define el objeto de la discusión, ya que fija el hecho y la calificación legal, si el Juez admite la pretensión penal, el imputado es condenado, sin citar al jurado ni realizar el juicio, y el tribunal pasa a la etapa de determinación de la pena, que se encuentra regido desde 1987 por las *Federal Sentencing Guidelines*, que funciona como un código dirigido a los jueces, de pautas orientativas de la mensura de la pena con carácter vinculante (ZIFFER, 1996, pp. 191-192).

El *plea bargaining* es una verdadera negociación de la acción penal, mediante la cual el fiscal puede concertar con el imputado condiciones más favorables para éste último, siempre a cambio de su confesión, lo que se expresa finalmente en la imposición de una pena menor a la que correspondería (BOVINO, 1995, p. 591). Sin embargo, la diferencia esencial entre ambos, es que esta práctica de los E.E.U.U. no respeta los principios de legalidad ni de verdad, pues el acuerdo permite no perseguir todos los delitos atribuidos, o la admisión como ciertos, de hechos de menor gravedad que los ocurridos realmente.

Por otra parte, en Italia, si bien existe un proceso especial denominado juicio abreviado, previsto en los arts. 438 al 443 del Código Procesal Penal italiano, no puede compararse con el nuestro, dado que sólo es un pacto sobre las formas, la calificación legal y la pena la fija el juez y éste debe reducir en forma tasada la pena correspondiente.

---

24 RAFECAS, Daniel Eduardo, *La estimación de la pena por parte del fiscal en el marco del juicio abreviado*, en [http://www.catedrahendler.org/doctrina\\_in.php?id=93](http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=93)

Nuestro procedimiento abreviado guarda mayor vinculación con la denominada aplicación de la pena a instancia de las partes, dado que aquí sí se pacta sobre la calificación legal y sobre la pena, propuesta de la cual el juez no se puede apartar. Sin embargo, guarda dos diferencias sustanciales: está previsto sólo para delitos que permitan una proposición de pena de hasta dos años; y al fiscal la ley también le fija la disminución tasada de la pena que hubiere correspondido aplicar (un tercio)<sup>25</sup>.

Tal como está estructurado actualmente nuestro sistema penal -que sigue respondiendo al principio de legalidad y al de verdad, salvo contadas excepciones (verbigracia, suspensión del juicio a prueba)-, no hay un marco jurídico que permita incorporar en el acuerdo criterios de oportunidad, este debe circunscribirse a la cantidad o calidad de la pena aplicable al caso concreto, de acuerdo a la calificación jurídica que corresponde al hecho acusado, que además de flagrante, confesado o reconocido por el imputado, debe encontrarse acreditado concordantemente por las pruebas de la investigación preparatoria.

No se trata, entonces de que el acuerdo pueda libremente evitar la pena para algunos delitos, reprimiéndose solo otros, o que la pena a imponer sea inferior al mínimo de la escala prevista para el delito acusado, o que se tenga como probado un hecho distinto del que ocurrió, o como existentes uno que no está acreditado que exista, o que el acusado participó en él (aun cuando, en realidad algunas de estas cosas puedan ocurrir).

Se trata de acordar un punto entre el mínimo y el máximo de la escala penal conminada para el delito de que se trata (o la elección de una pena entre las previstas como alternativas) que a criterio del acusado le resulte favorable, como contrapartida de su consentimiento al procedimiento más rápido y económico (caso de flagrancia) o de su reconocimiento o aceptación de los hechos que se le atribuyen. La

---

25 RAFCAS, Daniel Eduardo, *La estimación de la pena por parte del fiscal en el marco del juicio abreviado*, en [http://www.catedrahendler.org/doctrina\\_in.php?id=93](http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=93)

confesión ha sido valorada tradicionalmente como una circunstancia atenuante de la pena<sup>26</sup>.

En definitiva, el procedimiento abreviado se enmarca en la llamada Justicia Negociada, que en la práctica se ve en la negociación de los hechos, la calificación legal y la pena que acuerdan las partes, esta última condiciona y limita al Juez al cual se le somete el procedimiento abreviado, en razón de que la misma ha surgido y ha sido acordada en conversaciones previas entre el Fiscal, el imputado y su defensor.

Los problemas que podrían surgir en la negociación de la pena como una solicitud de pena desproporcionada –por su desmesura mayor– con la ofrecida en el procedimiento abreviado, donde el imputado decide ir a juicio oral haciendo ejercicio de sus derechos, no debería ser un problema cierto, en virtud de que en primer lugar se cuenta con el defensor que lo asesora y en segundo término será el Juez el deberá observar y preguntar al imputado si fue o no su decisión objeto de presiones, es obvio, que el fiscal, para que el imputado acepte finalizar el proceso por vía de la abreviación le ofrecerá beneficios, los cuales también pueden ser solicitados por el defensor y/o imputado al Fiscal, como ser la aplicación de la menor pena posible según el delito que hubiere cometido, donde por ejemplo, se puede considerar la reparación a la víctima o la confesión del hecho, circunstancias que deben valorarse por parte del actor penal.

## **8 ACUERDO DE PARTES Y SU HOMOLOGACIÓN JUDICIAL**

Como el propio nombre de este instituto lo indica se está ante un procedimiento y no proceso, y aunque esto parezca sólo una cuestión

---

<sup>26</sup> La Jurisprudencia argentina ha admitido la confesión como atenuante de la pena, valorándola como un indicio favorable de la personalidad del imputado al ser demostrativa de arrepentimiento (vgr. CCrim, Rosario, Sala 11.17/4/80. 'H.M.F. y otro'. en Zeus, Tomo 20-166; CNFed, Sala Crim. y Corre, 20/10/70, 'Rodríguez, Antonio y otro', en LL 142-522; CNCrim. y Correc, Sala V, 31/5/68, 'Alonso Alberto', en LL 133-477). Ya el Proyecto Tejedor incluía explícitamente la confesión como atenuante de la pena. Sobre este tema puede v. CURRUCHAGA, Hugo, *La ética y la confesión en el procedimiento penal*, LL 1985-D, 1180.

terminológica no lo es, las diferencias son esenciales y es importante precisarlas, para ello hay que definir que es el “proceso”; siguiendo a Alvarado Velloso, proceso es un concepto lógico, “el medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad según cierto procedimiento establecido por ley”, que a su vez se diferencia del género que es el “procedimiento”, que es un concepto jurídico, el cual lo conceptualiza como “La sucesión de actos ordenados y consecutivos vinculados causalmente entre sí, por virtud de la cual uno es precedente necesario del que le sigue y éste a su turno consecuencia imprescindible del anterior”. Por eso el procedimiento es el género y el proceso la especie, ya que éste último es “el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad”<sup>27</sup>.

Así, acusador y acusado, situados en un mismo pie de igualdad, enfrentados a través de un contradictorio, en el cual aportaran sus postulaciones, realizando cada una de las etapas, a saber: una “afirmación”, una “negación”, una “confirmación”, y una “alegación” (evaluación o conclusión), quedando los cuatro elementos que conforman el proceso, que sin alguno de ellos no existe el mismo, es decir, que el debate oral o plenario es el proceso, no así el procedimiento abreviado, donde nada más se persigue la finalidad de homologar lo acordado por las partes<sup>28</sup>.

Esta idea es palmariamente visible de lo establecido en el propio código de rito, recuerdo que el art. 339 del CPPSF no requiere que se acompañe o enumere la evidencia con la que cuentan el Fiscal o la Defensa, ni siquiera, establece algún tipo de efecto o sanción si la misma está ausente, en la práctica, las partes enumeran la evidencia recolectada, que aclaro no es prueba dado que no fue incorporada al debate aún para ser evaluada y controlada, sólo se la inserta a los

---

27 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal. Garantía de la Libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo I, págs. 65 y ss.

28 En cuanto al sentido de denominarlo procedimiento abreviado coinciden los Dres. Erbetta, Orso, Franceschetti y Chiara Díaz, en tal sentido puede v. ERBETTA, ORSO, FRANCESCETTI y CHIARA DÍAZ, *Nuevo Código Procesal Penal...*, op. cit., pág. 644.

finés gráfcicos de demostrar la actividad que han realizado las partes.

En otro orden de cosas y en cuanto concierne a la prueba, cabe destacar que habiendo renunciado las partes, a través de la selección del instituto del procedimiento abreviado, al desarrollo de la etapa del juicio propiamente dicha; esto es, entre otras cosas, a la producción de la prueba en una audiencia de debate, donde se impone el contradictorio y predomina la aplicación de las reglas generales contenidas en el artículo 3 CPPSF; mal puede el juez valorar la evidencia colectada y mencionada en un escrito de solicitud de procedimiento abreviado presentado por las partes, toda vez que la misma no ha sido producida conforme las reglas señaladas.

De ello puede inferirse, entonces, que al limitarse la función del magistrado al "reconocimiento" -a través de una sentencia- de un acuerdo, producto de negociaciones entre las partes, no resultaría acorde ni menester con las consideraciones señaladas, que el mismo se inmiscuya en cuestiones que las partes han tenido por ciertas o no -de acuerdo a la evidencia colectada- y que han orientado a definir el reconocimiento del hecho y su autoría por parte del encartado y la calificación legal y el monto de la pena seleccionada, definidas por las partes. Además y respecto de la pena impuesta, también consensuada entre las partes, atento la naturaleza de la acción, las circunstancias personales y demás pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del Código Penal Argentino y la limitación que impone la petición de pena acordada, no aparece tampoco como posible de ser impugnada una vez acordada.

Ahora bien, entonces que es lo que hace el Juez en el procedimiento abreviado, en primer lugar controla que se cumplan las garantías del imputado, atento a lo que las partes pongan en conocimiento del mismo, y posteriormente homologa el acuerdo, entonces, ¿qué es o en que consiste homologar? Según la Real Academia Española (RAE), en su Diccionario de la Lengua Española, en su tercera acepción vinculada a la actividad de una autoridad dice que **homologar es**



“contrastar el cumplimiento de determinadas especificaciones o características de un objeto o de una acción”, en consecuencia, el Juez en el procedimiento abreviado, que como se dijo no hay producción de prueba y por lo tanto ausencia de contralor o merituación alguna, **lo que hace es contrastar que se dé cumplimiento a lo requerido en el art. 339 del CPPSF.**

La doctrina autoral, también **sostiene que el pronunciamiento judicial en el marco de un procedimiento abreviado es una homologación judicial,**

(s)u naturaleza ha sido definida como una '**homologación jurisdiccional' de una confesión condicionada**, con alcances de transacción para el supuesto de abarcar intereses particulares (...) La condición es precisamente que la pretensión de abreviación sea convalidada jurisdiccionalmente (ERBETTA, ORSO, FRANCESCHETTI y CHIARA DÍAZ, 2008. pp. 644, 657, 658 y 659).

En conclusión, encontrándonos en un procedimiento y no en un proceso, el Juez, lo que hace es homologar el acuerdo presentado por las partes, controlando el cumplimiento legal, no pudiendo intervenir más allá que lo permitido por el art. 343 del CPPSF. Por lo que no se advierte cuál es el perjuicio o interés concreto que posee el imputado respecto de una sentencia condenatoria sobre la cual prestó conformidad, no ejerciendo el derecho constitucional que le corresponde de debatir los hechos en una audiencia de juicio oral. Para que la impugnación sea admisible, la resolución atacada debe contener una decisión desfavorable para el impugnante, lo que no sucede cuando se respeta estrictamente lo convenido previamente. Y si bien el “perjuicio” surge de la propia sentencia que lo responsabiliza penalmente, lo cierto es que ésta es consecuencia inmediata de la conformidad del interesado, por lo que habilitar una vía recursiva contra aquélla implicaría aceptar un comportamiento autocontradictorio con directa afectación del principio de buena fe que debe reinar en todo acuerdo de partes.

## **9 AUSENCIA DE PERJUICIO PARA EL IMPUTADO QUE ACUERDA UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Frente a un procedimiento abreviado, según De Diego Diez (1997, p. 60), se pueden distinguir tres posibles escenarios: primero, que se produzca una sentencia de “conformidad verdadera”, que son aquellas que se ajustan a lo aceptado mutuamente; segundo, que se produzca una “conformidad alterada”, donde el Juez se aparta en algún punto del pacto; y tercero, que se dé el caso de “conformidad aparente” donde se dan sentencias de conformidad donde faltan alguno de los presupuestos necesarios.

Entonces, cuando una sentencia cumple con el respeto arribado a las partes, luego del contralor legal y constitucional pertinente, es que se transforma en una sentencia irrecurrible o inimpugnabile, así se ha afirmado que

(...) su desconocimiento violaría la doctrina de los actos propios, de la seguridad jurídica, generaría indefensión en las otras partes, encierra un fraude procesal, o se ha acudido también a indicar que en supuestos tales no existe propiamente el gravamen preciso que legitima el recurso del apelante (SEOANE SPIEGELBERG, 1999, p. 604).

Asimismo, otros autores, como Antonio del Moral García, al analizar el art. 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que

Si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes..., refiere que esto supone en mi opinión la prohibición de que el juzgador cuestione el hecho conformado. No habiéndose desplegado actividad probatoria, el Juzgador no puede invadir ese terreno pues carece de todo elemento de juicio y si el acusado aceptó unos hechos el Juez o Tribunal puede jugar a “profeta” y “adivinar” que esos “hechos” no iban a ser probados de celebrarse el juicio. Puede constatar la voluntariedad de la conformidad del acusado, pero no valorar la prueba de los hechos (DEL MORAL GARCÍA, 2015).

Para que el recurso de apelación, como cualquier otro medio recursivo, sea admisible, la resolución atacada debe contener una decisión desfavorable para el impugnante, lo que no sucede cuando se respeta estrictamente lo convenido previamente, por lo tanto resulta inadmisibles cualquier impugnación contra una sentencia que respete lo acordado por las partes. Cabe añadir que existe jurisprudencia estable a nivel nacional que avala esta posición que se sostiene y que, declara inadmisibles la vía recursiva del imputado frente a decisiones adoptadas producto de un acuerdo de partes que no fue modificado por el tribunal sentenciante<sup>29</sup>.

Desde otro ángulo, debe reconocerse el limitado alcance del precedente "Araoz" de la Corte Suprema Nacional. Allí, nuestro máximo tribunal sólo señaló que se debió dar una respuesta al agravio planteado oportunamente por la defensa pero no se pronunció concretamente sobre el fondo del asunto; en esa oportunidad, el fundamento principal de la Corte para resolver radicó en el cambio de la calificación legal que había impuesto el tribunal de juicio al dictar la sentencia, así, teniendo en cuenta que éste había condenado por un delito al que le correspondía una escala penal más leve que la convenida por las partes, la Corte consideró que ello era suficiente para que la defensa recurriera con el argumento de que debía aplicarse un monto de pena menor al acordado ya que el tipo penal seleccionado representaba un menor peligro para el bien jurídico seguridad pública.

Finalmente,

existe otro fundamento por el cual el recurso de apelación es inadmisibles para el imputado y que tiende a asegurar la vigencia del propio instituto son las razones de conveniencia ya que, de otro modo, ningún fiscal va a consentir

---

<sup>29</sup> Así lo ha resuelto, por ejemplo, Cám. Nac. Casación Penal, Sala I, *in re* "Burgos, Lorena s/ recurso de casación", reg. n° 16.609, causa n° 12.271, de fecha 21/09/2010; autos "Cano, Jorge R. y otros s/ recurso de casación", reg. n° 17.272, causa n° 13.398, de fecha 17/02/2011; entre otros; Cám. Nac. Casación Penal, Sala III, en autos "Bayona, Paola Eugenia y otro s/recurso de casación", reg. n° 1282/12, causa n° 15.135, de fecha 12/09/2012. También es el temperamento adoptado por otros superiores tribunales del país, a guisa de ejemplo puede v. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en la causa "Córdoba, Miguel A.", de fecha 30/05/2011.

el uso del procedimiento abreviado en la medida en que permanezca latente la posibilidad de que el imputado o su defensa logren la revisión de la sentencia condenatoria no obstante haber acordado previamente un determinado monto de pena. Como se dijo, el principio de buena fe que rige en todo acuerdo adquiere especial significancia e impide que una de las partes (en este caso el centro de interés formado por el binomio: imputado-abogado defensor) intente revisar en otra instancia el convenio realizado con el representante de la acusación penal pública. No es ocioso recordar que, por aplicación del principio de la no reformatio in pejus toda revisión de la sentencia promovida sólo por el enjuiciado nunca podría perjudicarlo, con lo cual el imputado se estaría asegurando un "máximo" de pena a cumplir al acordar previamente con la parte acusadora (por regla, un monto menor del que el fiscal solicitaría en el marco de un juicio oral) para luego aspirar a una reducción o supresión de la condena en otra sede jurisdiccional. (LANZÓN, 2014, p.942).

## **10 EFECTOS DEL CONSENSO EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Es un lugar común afirmar que el proceso penal anglosajón ha ido ganando terreno frente al proceso penal de origen continental, siendo uno de los pilares del sistema anglosajón que cuando hay juicio la verdad opera como garantía del imputado, pero, cuando el juicio no se celebra el consenso o acuerdo de partes cumple la misma función (LANGER, 2001, p. 121), siendo este el criterio que adopta el código de rito santafesino, donde se otorga facultades transaccionales a las partes sobre aspectos relevantes como lo demuestra el instituto de procedimiento abreviado.

Debe otorgarse confianza a las alternativas para la solución de conflicto penales, que como el procedimiento abreviado, constituyen una vía de simplificación consensual, ya no será el órgano jurisdiccional el encargado de controlar el grado de verdad procesal alcanzada por las partes, sino que ese control lo podrán efectuar adecuadamente la defensa y el representante del Ministerio Público

de la Acusación quien, no es ocioso recordarlo, no sólo es parte en el proceso sino que debe ajustar su actuación sobre la base de criterios objetivos en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Frente a ello, la jurisdicción sólo conserva su potestad de efectuar el control básico de legalidad, lo que en el tema en análisis se traduciría no más que en la verificación del consentimiento informado del imputado.

Si esto es así, no existen motivos válidos para habilitar una vía recursiva tendiente a revisar la decisión judicial que homologó el acuerdo al cual arribaron los contrincantes en el proceso.

En síntesis, cada procedimiento abreviado debe ser visto como un compromiso de los litigantes que refleja el logro de un acuerdo responsable, de allí que deban responder por sus propios actos. En definitiva, la decisión sobre su aplicación en un caso concreto es una cuestión de estrategia profesional que está fuera del control judicial, el que queda reservado sólo para aquellos supuestos en los que se compruebe la falta de información del imputado que presta la conformidad necesaria para tal negociación.

## **11 CONCLUSIÓN**

En los acuerdos de parte, cualquier sea el tipo de ellos, el órgano jurisdiccional debe descansar sobre lo realizado por las partes en un modelo de igualdad procesal y que necesariamente debe partir de la premisa de que tanto el actor penal público como la defensa han hecho bien su trabajo; no se pueden tolerar mecanismos de negociación que funcionen sobre la base de la desconfianza. Lo contrario, implicaría aceptar el accionar irreflexivo de las partes, en detrimento para el imputado y, en última instancia, para la sociedad que nunca llegará a obtener una respuesta de los casos sometidos al proceso penal.

Por este motivo, no es sorprendente que los mecanismos de ne-

gociación y acuerdo de partes no sean bien vistos por los modelos de enjuiciamiento inquisitivos y que no hayan sido legislados hasta no hace mucho, siendo el código de nuestra provincia uno de sus mayores exponentes en aceptar la posibilidad de acuerdo tal como lo exige un sistema acusatorio respetuoso de la Carta Magna.

Como se infiere de esta problemática, todo gira en torno a qué lugar debe ocupar el órgano jurisdiccional frente a los convenios y acuerdos que celebran las partes durante el proceso penal, hay que aceptar que el consenso entre los adversarios en un litigio es suficiente para la construcción de la verdad sobre lo ocurrido, es lo que se denomina verdad consensuada<sup>30</sup>, de modo de no permanecer atados a la búsqueda de la verdad real independientemente de las pretensiones de las partes.

## **THE DETERMINATION OF PENALTY IN THE ABBREVIATED PROCEDURE**

### **ABSTRACT**

The problem of justification of punishment, understood as the power of the political community to exercise scheduled violence against its members, is one of the greatest and most classic problems of Criminal Law and the Philosophy of Law. Most of the judicial decisions regarding the determination of the sentence clearly show that the graduation and election of the sentence in each case is more than arbitrary to the arbitrariness of the judge. The merit and usefulness of the institute, which can be classified as paradigmatic in the field of procedures based on consensus, plea bargaining or in our legislation called the abbreviated procedure, which is an agreement between the prosecutor, Imputed and its Defensor and that avoids

---

30 Puede v. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Proceso y Verdad*, en AA.VV., *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2014, págs. 117 y ss.

the oral trial, considering that in that agreement must be determined the penalty by the parties that soon will be controlled by the Judge. The plea bargaining leads to a quick and definitive solution of most criminal proceedings. Many criminal cases are resolved out of court by having both sides come to an agreement. This process is known as negotiating a plea or plea bargaining. In most jurisdictions it resolves most of the criminal cases filed. Either side may begin negotiations over a proposed plea bargain, though obviously both sides have to agree before one comes to pass. Plea bargaining usually involves the defendant's pleading guilty to a lesser charge, or to only one of several charges. It also may involve a guilty plea as charged, with the prosecution recommending leniency in sentencing. The judge, however, is not bound to follow the prosecution's recommendation. The agreement between parts of their type, the court must rest on what has been done by the parts in a model of procedural equality, which must necessarily be based on the premise that both the public criminal actor and the have done their job well.

**Keywords:** *Criminal Law. Plea Bargain. Guilty Plea. Judgment. Claiming Innocence After Guilty Plea.*

## **RESUMO**

### **A CONDENAÇÃO NO PROCEDIMENTO ABREVIADO**

*O problema da justificação de punição, entendendo como o poder da comunidade política para exercer qualquer dos seus membros violência programada, é um dos problemas maiores e mais clássicos do Direito Penal e da Filosofia do Direito. A maioria das decisões judiciais na sentença mostra claramente que a gradação e a escolha da pena em cada caso é entregue ao invés do critério arbitrário do juiz. O mérito e a utilidade do instituto, que podem ser classificados como paradig-*

mático em matéria de procedimentos baseados em consenso, delação premiada ou em nossa legislação chamou o procedimento abreviado, que é um acordo entre o promotor, o acusado e seu defensor e que evita os julgamentos orais, considerando que no referido acordo deve ser determinada a pena pelas partes e isso será controlado pelo juiz. A delação premiada leva a uma solução rápida e definitiva a maioria dos processos penais. Muitos casos criminais são resolvidos fora do tribunal por ambos os lados tendo chegado a um acordo. Este processo é conhecido como negociação de um apelo ou barganha. Na maioria das jurisdições ele resolve os casos criminais arquivados. Ambos os lados que começam as negociações podem até barganhar por uma proposta, embora, obviamente, ambos os lados têm que concordar antes que uma venha a acontecer. Barganha envolve o réu geralmente se declarar culpado de uma acusação menor, ou em relação a apenas uma das várias acusações. Também pode envolver uma confissão, com a acusação recomendando indulgência na sentença. O juiz, no entanto, não está obrigado a seguir a recomendação da acusação. O acordo entre as partes de seu tipo, o tribunal deve analisar o que foi feito pelas partes em um modelo de igualdade processual, que deve necessariamente basear-se na premissa de que tanto o ator público quanto o profissional têm feito seu trabalho bem.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Plea Bargain. Culpado. Julgamento. Reivindicar inocência após um pedido de culpa.

## REFERENCES

"New York vs. Santobello", 404 U.S. 257, 260 (1971). En términos similares se había ya pronunciado la American Bar Association, en sus *Standards for Criminal Justice*, 1970, *Commentary to Standard*, 14.3.1, fn.12.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Sistema Procesal**. Santa Fe: Garantía de la Libertad, Rubinzal-Culzoni, 2009.



BETTIOL, Giuseppe. **Diritto Penale**. Parte Generale, 4º ed., Palermo: G. Priulla Editore, 1958.

BONESANA, Cesare, Marqués de Beccaria, **De los delitos y de las penas, traducción de Francisco Tomás y Valiente**, Buenos Aires: Ediciones Libertador, 2005.

BOVINO, Alfredo. **Simplificación del procedimiento y Juicio abreviado, en AA.VV., Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Procesal**. Córdoba: Colegio de Abogados de Córdoba, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Librería El Foro, 1994.

CARRIÓ, Alejandro D. **Garantías constitucionales en el proceso penal**. 5ª ed. Actual. y ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. **La conformidad del acusado**, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1997.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio. **La conformidad en el proceso penal**, en <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/conformidad-proceso-penal.pdf>. Consultada en fecha: 22 out. 2015.

DONNA, Edgardo A. **Teoría del Delito y de la Pena**, 2º ed. Buenos Aires: Astrea, 1996, tomo I.

ERBETTA, Daniel; ORSO, Tomás; FRANCESCHETTI, Gustavo y CHIARA DÍAZ, Carlos, **Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. Comentado** – Ley 12734, Zeus, Rosario, 2008, pág. 78/9.

ERBETTA, ORSO, FRANCESCHETTI y CHIARA DÍAZ, **Nuevo Código Procesal Penal**.

FALCONE, Roberto A.; MADINA, Marcelo A. **El proceso penal en la pro-**

**vincia de Buenos Aires**, 2ª ed. Actual. y ampl. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trads. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FISHER, Roger; URY William, **Sí, de acuerdo! Como Negociar Sin Ceder**. Trad. Eloisa Vasco Montoya, 5ª reimpresión Bogotá: Editorial Norma, 1991.

HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián, **Derecho Procesal Penal chileno**, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005, tomo II.

JESCHECK, Hans-Heinrich, **Tratado de Derecho Penal. Parte General**, Trad. por José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed. Granada: Comares, 1993.

LANGBEIN, John H., Tortura y "Plea Bargaininig", en AA.VV., **El procedimiento abreviado**. Compiladores Julio Maier y Alberto Bovino, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

LANGER, Maximiliano. **La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado**, en AA.VV., *El procedimiento abreviado*, MAIER, Julio B. J — BOVINO, Alberto (compiladores), Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

LANZÓN, Román P. **El recurso de apelación contra la sentencia dictada en el marco de un procedimiento abreviado**. Análisis sobre la base del Código Procesal Penal De Santa Fe, ley 12.734, LLLitoral 2014 (octubre), 942.

MAGARIÑOS, Mario. **Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena, en Determinación judicial de la pena**. Compilador Julio B. J. Maier, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**, tomo II, traducción de Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, tomo I.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho**. 2º ed., Bosch, Barcelona, 1982.

MOCCIA, Sergio. **II diritto penale Ira essere e valore**. Funzione della pena e sistemática teleológica, Napoli: Edizioni Scientifiche, 1992.

PRUNOTTO LABORDE, Adolfo B. J. **Principio de legalidad**. Alcances y precisiones, en Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales – I, Nº 1, Director: Edgardo Alberto Donna, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001.

RAFECAS, Daniel Eduardo. **La estimación de la pena por parte del fiscal en el marco del juicio abreviado**, en [http://www.catedrahendler.org/doctrina\\_in.php?id=93](http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=93)

SECONDAT, Carlos Luis de, barón de la Bredè y de Monstequieu, **Del espíritu de las leyes**, Trad. de Nicolás Estévez, 10ª ed. México: Editorial Porrúa S.A., 1995.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. **Los recursos en el procedimiento abreviado**. En Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, REV - AD - Nº 03, 1999.

TERÁN LOMAS, Roberto A. M., **Derecho Penal**. Parte General. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.

VITALE, Gustavo L. **Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal**, en AA.VV., Teorías actuales en el Derecho Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio R. y otros, **Manual de Derecho Penal-Parte General**, 2ª. Ed., Ediar, Bs. As., 2006.

ZAFFARONI, Eugenio R. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General, Buenos Aires: Ediar, 1988, tomo V.

ZIFFER, Patricia S. **Lineamientos para la determinación de la pena.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

ZIFFER, Patricia S., **Comentario a los artículos 40 y 41, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial,** tomo II, Buenos Aires: 2002.

ZYSMAN B. de QUIRÓS, Diego. **Determinación judicial de la pena y recurso de Casación,** en AA.VV., *Nueva Doctrina Penal - 1997/A*, Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 1997.

# Challenges in Performance Evaluation System of Prosecutors<sup>1</sup>

Goran Ilic<sup>2</sup>

Marina Matic' Boškovic<sup>3</sup>

## ABSTRACT

A series of reforms adopted over the last decade reflect different views of how the judicial system, and particularly the prosecutors, should be managed. In 2000, democratic changes were followed by judicial reform initiatives, set as one of the priorities of the Government at that time. Many of those reform activities are connected with EU integration process and fulfilment of EU and Council of Europe standards related to the judiciary. Approach, methodology and timeframe of judiciary reforms are set in the two five year strategic documents; first covered period 2006-2011 and second is for period 2013-2018. National Judicial Reform Strategy 2013-2018 set following goals: independence, impartiality and quality, competence, accountability and efficiency. Both strategic documents define set of measures and indicators to improve efficiency and competence of justice system as whole and efficiency and competence of judges and prosecutors as holders of judicial functions. Debate on results of reform activities is still ongoing in professional public.

**Key words:** *Evaluation System of Prosecutors. Efficiency.*

---

1 Received in: 20/06/2017. Approved in: 21/06/2017. IAP Annual Conference, Dubai, 26 November 2014.

2 *President of Association of Public Prosecutors and Deputy Public Prosecutors of Serbia and Deputy of Republic Public Prosecutor. E-mail: office@uts.org.rs*

3 *Vice-president of the Program Council of the Association of public prosecutors and deputy public prosecutors of Serbia. E-mail: marina.matic@uts.org.rs*

## 1 REFORM ACTIVITIES

A series of reforms adopted over the last decade reflect different views of how the judicial system, and particularly the prosecutors, should be managed. In 2000, democratic changes were followed by judicial reform initiatives, set as one of the priorities of the Government at that time. Many of those reform activities are connected with EU integration process and fulfilment of EU and Council of Europe standards related to the judiciary.

Approach, methodology and timeframe of judiciary reforms are set in the two five year strategic documents; first covered period 2006-2011 and second is for period 2013-2018. National Judicial Reform Strategy 2013-2018 set following goals: independence, impartiality and quality, competence, accountability and efficiency.

Both strategic documents define set of measures and indicators to improve efficiency and competence of justice system as whole and efficiency and competence of judges and prosecutors as holders of judicial functions.

Debate on results of reform activities is still ongoing in professional public. Implementation of 2006 Strategy brought following changes:

**Significant changes to the legislative framework of the Serbian judiciary have been enacted for over the last ten years.** Changes to the Constitution and the laws governing the judiciary have enshrined the principles of judicial independence, accountability, and transparency in the legislative framework.

**Numerous major institutional changes were also implemented:** these include the successful establishment of specialized courts for organized crime and war crimes at the beginning of the decade and the later establishment of the Judicial Academy. More recent changes, such as strengthening the mandates of the High Judicial Council and State Prosecutorial Council, have yet to be successfully implemented.

### **Key constraints to reform design and implementation**

have included the lack of political consensus on the direction of reforms and conflicts over the division of labour between the parliament, executive, and judiciary on the appointment—and recently the reappointment—of judges and prosecutors.

**In 2009, all judges and prosecutors were required to re-apply for their positions, and many incumbents were not selected.** The change in the composition of the judiciary went beyond purging judges and prosecutors implicated in criminal activity, created significant controversy and has disrupted judiciary operations. Based on the decision of the Constitutional Court all non-re-elected judges and prosecutors were returned to the system (lack of objective criteria and transparent procedure for their non-re-election was the ground for the Constitutional complain).

One of the issues that is subject of debate is whether evaluation of prosecutors is needed. Part of professional public is against introduction of evaluation of prosecutors work and performance since they believe that introduction of evaluation will diminish position of prosecutors and make it equal with the position of clerks. Other believes that it is necessary to introduce performance evaluation in order to enable objective and professional criteria for promotion. Few years ago overcame opinion that performance evaluation is necessity for improvement of efficiency and quality of justice system and regaining of citizens trust in judiciary.

## **2 PERFORMANCE EVALUATION**

Individual judicial evaluations can provide prosecutors leadership with valuable feedback for judicial development and education, appropriate placement or promotion, needed improvements in the prosecutorial administration, resource allocation, and predicting workload trends. Until this time, evaluation of prosecutors has

been guided by the Law on Public Prosecution from 2008. The Law called for regular evaluation based on publicized, objective, and uniform criteria, through a procedure ensuring the participation of the judge or prosecutor being evaluated. According to Law, the performance of prosecutors is evaluated once every three years, with performance of a first-time elected deputy public prosecutor evaluated annually for each of the first three years. Prosecutors may also be evaluated more frequently on an exceptional basis. In order to implement this legal obligation, the bylaw on Rules for performance evaluation was needed. However drafting and adoption of this Rules was a challenge for prosecution service and policy makers. Lack of the Evaluation Rules had as a result election on permanent function in December 2013 all deputy prosecutors who were first-time elected in December 2010. This situation open discussion if three-year probation period should be abolished.

Reason for delay in adoption of Rules could be fined in the fact that the Serbian judiciary historically lacked an objective entry point for the judicial profession, as well as performance evaluation. In theory, productivity norms existed for evaluating prosecutors, but they did not incentivize good behaviour and evaluations were not conducted comprehensively. Traditionally performance of prosecutors in Serbia was evaluated based on the number of resolved cases. By relying almost entirely on the number of dispositions per month, productivity norms encourage prosecutors to 'cherry pick' simple cases or resolve cases too quickly while avoiding complex cases. The only consideration of work quality was the rate of cases set aside on appeal, which may take some years to eventuate. Although productivity norms are no longer 'official', their continued existence creates a frame to guide the behaviour of individual prosecutors. The most determinative of whether individual prosecutor comply with productivity norms is whether their individual head of prosecution office monitors those norms.



Influenced by the Venice Commission opinion and professional debate it was concluded that performance evaluation should be based on combination of statistical and qualitative indicators with the prevailing influence of qualitative. Serbian judiciary and experts faced with the challenge to develop comprehensive, objective, transparent and accepted by judiciary criteria for performance evaluation. First draft rules were prepared by the working group of the Association of prosecutors in 2008 supported by OSCE and EU expertise as well as by the regional experience. However it took six more years to adopt Rules on evaluation.

Test for performance evaluation of prosecutors were ad hoc Rules of procedure on criteria and standards for the evaluation of qualification, competence and worthiness of candidates for public prosecutors that were adopted in 2009 and were used for re-election of prosecutors. Main criteria were qualification<sup>4</sup>, competence<sup>5</sup> and worthiness<sup>6</sup>. Worthiness caused the biggest problem in practical implementation and was ground for non-re-election of prosecutors.

According to the Venice Commission opinion these Rules were very detailed, comprehensive and form a good basis on which to establish permanent objective criteria for the appointment and promotion of prosecutors. They provided for a concrete and objective evaluation of prosecutors, carried out by the State Prosecutorial Council, an authority that provides guarantees of impartiality and competence.

---

4 Qualification is established based upon: general expert knowledge and possession of particular knowledge which are of importance for performing the function of public prosecutor.

5 Competence is established based upon: demonstrated capability in application of expert knowledge and undertaking of procedural actions, demonstrated professional skill, analytical thinking, capability of opinion and decision making, skill in explanation of legal positions, quality of written and oral expression, communication skills, and capability for team work.

6 Worthiness is established based upon the reputation the candidate has in the professional surrounding, through his/her behaviour within the performance of public prosecutor's function and outside it.

However main concerns of Venice commission were:

the risk of an **over mechanistic approach to statistical information concerning workloads and the like**, and **evaluating persons through the use of questionnaires** by their colleagues which are **filled anonymously** posed risks that a prosecutor could be evaluated unfairly.

In addition, the evaluation procedure from the 2009 Rules required much work from the prosecutors and from the State Prosecutorial Council. Lack of capacity and dedication of staff for evaluation were one of the biggest obstacles to fair, objective and transparent re-election of prosecutors and implementation of Rules failed on their non-transparent application by the Council.

In 2011 the draft Rules for prosecutor evaluation were prepared by State Prosecutorial Council. Draft rules were specific about the competencies required of prosecutors. These included the capacity to apply professional knowledge, capacity to undertake process operations, analytic approach, capacity for judging and decision making, capacity to explain legal approaches, oral and written skills, and teamwork<sup>7</sup>.

Calculations of prosecutor performance are also highly complex, with many criteria to be considered. The criteria for evaluating prosecutors were:

- Efficiency
- Timely case resolution
- Use of proper legal remedies
- Written and oral skills; capacity to explain legal approaches
- Adoption of new knowledge, professional education, and training
- Cooperation with employees, court and other state organs, organizations, and participants.

The level of care and detail exercised in developing the

---

<sup>7</sup> Proposal for Evaluation of Prosecutors, Article 4.

evaluation proposals has not been extended to considerations of promotion of deputy prosecutors. The State Prosecutorial Council decides on the selection of deputy public prosecutors with tenure to another or higher office but the draft rules for evaluating prosecutors for promotion were not well developed, indicating for prosecutors, for example, only that public prosecutors and deputy public prosecutors awarded a rating of “exceptionally successful performance of public prosecutorial function”, have priority for promotion<sup>8</sup>.

The proposed evaluation criteria for public (chief) prosecutors<sup>9</sup> reflects the large scope of responsibilities of the chief prosecutor. The performance evaluation of a public prosecutors conducted by the directly superior prosecutor<sup>10</sup> after obtaining the opinion of the Collegium of the higher prosecutor’s office. In evaluating performance, periodic reports on the work of the public prosecutor’s office are taken into account. These include:

establishing promptness in the work of public prosecutions, general capacity to manage public prosecution, capacity to supervise, capacity to improve work of the public prosecutions, and risk management capacity.

Each term is defined carefully in the proposed rules.

### **Rules for evaluation of prosecutors**

In May 2014 after several years of discussion and working documents State Prosecutorial Council adopted Rules on evaluation. Competence for the adoption of the Evaluation Rules has State Prosecutorial Council and legal basis is in the Law on the State Prosecutorial Council (2008) where it is said that the Council has the following duties:

---

<sup>8</sup> Proposal for evaluation of prosecutors, Article 46.

<sup>9</sup> Article 21.

<sup>10</sup> Evaluation Procedure Article 102, Law on Public Prosecution.

Elect deputy prosecutors to permanent position  
Rule in the process of the performance evaluation of a deputy prosecutors and head of prosecutors' offices  
Rule on legal remedies in disciplinary proceedings.

The Law gives the State Prosecutorial Council the right to pass such evaluation rules as legally binding law for all deputy prosecutors and chief prosecutors in Serbia. This right which Law gives to the SPC has its constitutional basis in (Article 165) the Constitution of the Republic of Serbia.

Rules for performance evaluation of prosecutors will be in the piloting phase from June 2014 till end of December 2014 in 5 prosecutors' offices in order to identify if there are some obstacles in implementation (complexity of criteria, lack of data, unclear definitions, etc) and to amend Rules before end of January when it is planned to enter into force in all prosecutors' offices. Results from this probationary period will not be included in personal files of deputy prosecutors and head of selected prosecutors' office. Rules for performance evaluation combines quantitative and qualitative criteria for evaluation.

Criteria for evaluation of deputy prosecutors are:

Promptness when proceeding<sup>11</sup>,  
Competence and success in work<sup>12</sup>  
Professional commitment and cooperation<sup>13</sup>.

---

11 Promptness when proceeding is being evaluated based on standards, i.e. number of processed cases by a deputy public prosecutor compared to number of assigned cases in the period of evaluation of work.

12 Competence and success in work is being evaluated based on standards, i.e. share of valid convictions within total of valid both convictions and acquittals passed upon bills of indictment actioned by a deputy public prosecutor related to each person respectively in the period of evaluation.

13 Professional commitment and cooperation are being evaluated based on the following standards:

- quality of written and oral eloquence,
- precision and clarity of acts and undertaken procedural activities,
- skillfulness in elaboration of legal standpoints,
- responsibility when presenting legal acts,
- professional advancement and use of available information and communication technologies;
- respect for rights of personality and dignity of parties in proceedings,
- relation and cooperation with other prosecutors, employees in public prosecution office, court and other state bodies.

Criteria for evaluation of public prosecutors (head of offices) are:

General ability to administer a public prosecution office<sup>14</sup>,  
Ability to monitor<sup>15</sup>,  
Total performance results of the public prosecution  
office under his/her  
management<sup>16</sup>.

Individual marks for criteria for evaluation of work of prosecutors are: “extremely successful”, “successful”, “does not satisfy”. Quality of prosecutors work is evaluated based on number of confirmed judgments. It has to be seen in future period how this Rules will influence on performance of all prosecutors.

If in the period of evaluation of work of a deputy public prosecutor or a directly lower public prosecutor, a public prosecutor determines that there is a possibility that a prosecutor gets evaluated by the mark “does not satisfy”, he is obliged to warn him about that in written form, with the elaboration and suggestion of measures for elimination of the noted omissions in work.

---

14 General ability to manage public prosecution offices is evaluated based on standards:

1. able to organize material, organizational, financial, administrative and other tasks, to issue normative acts, provide security of data, ability to manage public prosecution office during crisis,
2. ability to determine tasks in the public prosecution office work, ability to motivate prosecutors and other employees to realize goals and tasks;
3. achievement of conditions for use of efficient methods and technical resources in administrative operations; ability to guide employees to use available and new information and communication technologies;

15 Ability to monitor is evaluated based on standards:

1. ability to achieve control of work of a lower public prosecutor, a deputy public prosecutor and the employees in a public prosecution office, readiness to provide instructions and advice to lower public prosecutors, deputy public prosecutors, prosecutorial assistants and trainees;
2. monitoring of complex cases, influence to penal policy, accurate and timely decision making on objections and complaints to work of a deputy public prosecutor and employees in the public prosecution office, responsibility for correct implementation of instructions of a higher public prosecutor,
3. ability to harmonize prosecutorial and court practice; ability to harmonize work and proceeding of a lower public prosecutor, a deputy public prosecutor, prosecutorial assistants and trainees when implementing laws and other regulations; undertaking measures with a view to enhance professionalism of the employees in the public prosecution office.

16 Overall performance results are evaluated based on standards - relation of number of assigned cases of the public prosecution office the public prosecutor is in charge of and number of processed cases in the period of evaluation of work. Individual mark is being determined based on average results from all annual performance reports written in the period of evaluation of work. Annual performance report expresses relation of number of assigned cases and number of processed cases that had been sent, at latest, 15 days after expiration of the reporting period.

### **3 RULES FOR ELECTION AND PROMOTION OF PROSECUTORS**

Draft criteria for election and promotion of prosecutors are in the phase of public discussion. Open issue is relation between evaluation of prosecutors and hierarchy of prosecutorial organization, especially in relation to obligatory instruction of higher prosecutor. Draft Rules on election and promotion envisaged performance evaluation based on assessment of the head of office and Collegium of all deputies from the office.

Open issue and subject for expert discussion is relation between performance evaluation and hierarchy of prosecutors. Having in mind that according to existing legislation and organization of prosecutorial service there is possibility of hierarchical intervention of the higher prosecutor in the case of lower prosecutor it is not clear how to evaluate those cases.

Higher prosecutor can issue instruction without taking over of a case. Also there is right of the Head of prosecution service (General Prosecutor) to issue obligatory general instruction and that right is exercised relatively often having in mind significant legislative reforms and need for interpretation and position taking.

Rules on promotion should build in positive incentives for judges to contribute to the judiciary's performance. Several modern judiciaries use promotion criteria as a way to incentivize good behaviour and signal the kinds of attributes that judges should develop if they seek career advancement. This is especially true for judiciaries that have a balanced age structure, because permanent younger judges need clear signal for career progression to maintain motivation and morale.

#### **4 TRAINING OF PROSECUTORS - JUDICIAL ACADEMY**

The United Nations and the Council of Europe emphasize a close link between initial and in-service training of deputy prosecutors and the independence and efficiency of the judicial system. The Judicial Academy began operating in 2010, and provides initial training for judicial and prosecutor candidates, and continuing training for judges, prosecutors and court staff<sup>17</sup>. The Judicial Academy is the legal successor of the Judicial Training Centre that was established in 2001 with the aim to provide continuous training for judges and prosecutors.

To date, the Academy focused on providing initial judge and prosecutor training and internal functioning, while continuing training was conducted sporadically. Participants in the 30-month initial training program have coursework and have practical internships relating to civil law, criminal law, minor offences law, and the prosecution of cases. The High Judicial Council and the State Prosecutorial Council determine the number of trainees to be admitted to the Academy each year.

Candidates who successfully complete the initial training program have been given preference for appointments as judges or prosecutors in comparison to judicial assistance<sup>18</sup>. Introduction of new system for the election of prosecutors (as well as judges) did not envisage transitional period for judicial assistants who were already in the system fulfilling requirements for election on deputy prosecutor position. The Association of Judicial and Prosecutorial Assistants challenged constitutionality of the Law on the JA.

However, a February 6, 2014 decision of the Constitutional Court may mean the statutory preference for appointment of

---

<sup>17</sup> Article 1, Law on Judicial Academy, Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 104/2009.

<sup>18</sup> The first generation of students who successfully completed the initial training program and passed their final exams were elected as judges and prosecutors in 2013.

trainees from the JA may no longer be valid<sup>19</sup>. The Association of Judicial and Prosecutorial Assistants<sup>20</sup>, established in reaction to the preference given to JA graduates for judicial and prosecutorial appointments, over judicial and prosecutorial assistants who met the requirements for judges and prosecutors before the establishment of the JA.

Among the most significant aspects of Serbian judiciary reform are the enhanced requirements for prosecutor training by the Judicial Academy and the determination of training needs by the judiciary itself through the Program Council of the Academy<sup>21</sup>. This structure is closely aligned with the principles promulgated by the Council of Europe<sup>22</sup>. Funds for the Academy's work come largely from the republican budget, supplemented by donations and income from publications and projects<sup>23</sup>.

Initial and continuing training for deputy public prosecutors who were first selected before the training program came into being and who have not completed initial training are obligated to attend a special permanent training program<sup>24</sup>.

One of the requirements for the EU integration process related to the justice sector is introduction of objective and transparent criteria and procedure for entrance into the judiciary and way to do that is through the initial training of the Judicial Academy. In the Serbia Progress Report there is request that Academy should become single entry point for judges and prosecutors. However having in mind weaknesses of the institutional framework (Judicial Academy, State Prosecutorial Council and High Judicial Council) there

---

19 Articles 26-27, Law on Judicial Academy, Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 104/2009.

20 In February 2014 the Association of Judicial and Prosecutorial Assistance split in two Associations since they have different views on possible solutions after decision of the Constitutional Court.

21 Comprised of 11 members (at least five judges, three public prosecutors, one staff member of a court or prosecutor's office, and training experts).

22 European Charter on the Statute for Judges, Independence of the Judiciary, item 7, principles I 1 and 2 b, Recommendations no R (94)12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe, 1.1.6.

23 Law on Judicial Academy, Article 22. The current state budget of the Academy is approximately US\$ 700,000.

24 Law on Judicial Academy, Article 45.



is ongoing discussion in the professional public if Judicial Academy should be single entry point.

Beside initial training ongoing discussion, the Judicial Academy is facing continuous training challenge. In order to have strong Judicial Academy that is capable to provide various type of general and tailor made trainings, annual catalogue of training and to have competent human recourse capacity (both in house and pool of trainers) the Academy should not face with budget constraints.

## **5 MANDATORY TRAINING AND PROMOTION**

Prosecutors are not obligated to attend continuing training except for few specific topics<sup>25</sup>, and there is little incentive for them to do so (see discussion of continuing training in promotion decisions). Courses in substantive areas such as civil, family, or labour law are not regularly offered as continuing training courses. Instead, continuing education centres on topics of immediate interest such changes in the new Criminal Procedure Code.

Training and evaluation of prosecutors are linked in the area of mandatory training for prosecutors who are rated as less than satisfactory. The Law on Judicial Academy provides that the councils may require judges or prosecutors to attend special training programs to remedy poor performance, but how this will be effectuated has not yet been articulated. The High Judicial Council and State Prosecutorial Council have not determined how to implement these provisions, so it is unclear whether remedial training will be pursued seriously and whether funding for remedial training is to be budgeted by the Academy or by the institution to which the judge or prosecutor is appointed.

Related to the promotion of prosecutors, professional commitment as criteria for performance evaluation of prosecutors is

---

<sup>25</sup> For example, juvenile law if a prosecutor is assigned to these cases.

evaluate based on indicator of professional advancement/training.

Development of successful training that meets requirement of the judiciary as well as performance evaluation is a long term goal.

## **6 SYSTEM PERFORMANCE EVALUATION**

Serbia lacks system performance evaluation. Functional review of justice system prepared by the World Bank expert team is the first comprehensive assessment of all aspects of judiciary performance. The Review comprises an external performance assessment and an internal performance assessment. The external performance assessment examines how well the Serbian judicial system serves its citizens in terms of efficiency, quality, and access to justice services. The internal performance assessment examines the inner workings of the system, and how governance and management, financial and human resources, ICT, and infrastructure are managed for service delivery<sup>26</sup>.

Partial subsidy for system performance evaluation is evaluation of prosecutors as heads of prosecution offices since criteria for evaluation includes capability of prosecutors head to manage prosecutor office and work of deputy prosecutors. However evaluation of head of prosecutors' offices provides fragmented picture of individual office. Challenge for introduction of system performance evaluation will be monocratic system of prosecution organization.

Introduction of system performance evaluation will enable better governance and management of prosecutorial system not only of the carrier of individual prosecutor. To enable to introduce objective performance evaluation of individual prosecutor there is a need to know how system is functioning and what are the

---

<sup>26</sup> The internal performance assessment (Part 2) is similar in structure and methodology to a Justice Sector Public Expenditure Review (JPER) or standard Functional Review.

weaknesses and strengths of the system.

## **DESAFIOS NO SISTEMA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DE PROCURADORES**

### **RESUMO**

*Uma série de reformas adotadas na última década refletem diferentes pontos de vista de como o sistema judicial, e em particular os procuradores, devem ser gerenciados. Em 2000, as mudanças democráticas foram seguidas por iniciativas de reforma judicial, definidas como uma das prioridades do governo naquele momento. Muitas dessas atividades de reforma estão ligadas ao processo de integração da UE e ao cumprimento das normas da UE e do Conselho da Europa relacionadas com o sistema judiciário. A abordagem, a metodologia e o calendário das reformas judiciais são estabelecidos nos dois documentos estratégicos de cinco anos; Primeiro período coberto 2006-2011 e segundo é para o período 2013-2018. A Estratégia Nacional de Reforma Judicial 2013-2018 estabeleceu os seguintes objetivos: independência, imparcialidade e qualidade, competência, responsabilidade e eficiência. Ambos os documentos estratégicos definem um conjunto de medidas e indicadores para melhorar a eficiência e a competência do sistema de justiça no conjunto e a eficiência e competência dos juízes e procuradores como detentores de funções judiciais. O debate sobre os resultados das atividades de reforma ainda está em andamento no público profissional.*

**Palavras-chave:** *Sistema de Avaliação dos Procuradores. Eficiência.*

## REFERENCES

EUROPEAN UNION. **European Charter on the statute for judges**. Strasbourg, Disponível em: < <http://www.judicialcouncil.gov.az/Law/echarte.pdf>>.

SERVIA. REPUBLIC OF. **Law on Judicial Academy**, Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 104/2009.

# Los Menores Como Sujetos Pasivos Del Derecho Penal. Tratamiento y Protección<sup>1</sup>

Gretter Valdés Rosales<sup>2</sup>

Marisol Brito Villalta<sup>3</sup>

“Hay que dar al niño hombros para que sustente el peso que la vida le eche encima, no peso ajeno que oprima sus hombros.”

José Martí

## RESUMÉN

Este artículo trata de los menores como sujetos pasivos del derecho. Establece que los estados signatarios garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño. persigue como fin provocar reflexiones en torno a los que tienen la responsabilidad de hacer efectiva la protección de los menores, apoyándonos en la ciencia de la victimología y la responsabilidad del fiscal como máximo velador de la legalidad, desde la óptica del derecho penal sustantivo y adjetivo, representante del poder estatal cubano, para el cual la formación y desarrollo de los niños tienen especial protección. Considera aspectos teóricos y doctrinales nel ámbito del derecho penal. Además, aborda el tratamiento de los menores en el ordenamiento penal.

**Palabras clave:** *Menores. Derecho penal. Tratamiento de los menores.*

---

1 Fecha de recepción: 18/05/2017. Fecha de aceptación: 02/06/2017.

2 Esp. Gretter Valdés Rosales. Fiscal. Fiscalía Provincial Camagüey

3 Esp. Marisol Brito Villalta. Fiscal. Fiscalía Provincial Camagüey

## 1 INTRODUCCIÓN

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de la cual Cuba es parte, establece que los estados signatarios garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez del niño.

El tratamiento de las víctimas del delito constituye un tema contemporáneo de reflexión, discusión y análisis. En cada caso delictivo que ocurre y la víctima es un menor o la probanza y conocimiento de la verdad dependen del testimonio de un infante, de inmediato surge un rechazo a creer en el relato de hechos que el mismo brinda, producto de concepciones erróneas que lo consideran cognitivamente incompetente para no ser sincero.

Es una realidad que las familias cubanas enfrentan problemas jurídico penales y esperan encontrar la solución del agravio en el proceso penal, sin embargo, en la práctica judicial se constatan una serie de insuficiencias, que van en detrimento de la real protección de los infantes, quedando afectados no sólo ellos, sino su entorno familiar y social.

Por ello el presente persigue como fin provocar reflexiones en torno a los que tienen la responsabilidad de hacer efectiva la protección de los menores, apoyándonos en la ciencia de la victimología y la responsabilidad del fiscal como máximo velador de la legalidad, desde la óptica del derecho penal sustantivo y adjetivo, representante del poder estatal cubano, para el cual la formación y desarrollo de los niños tienen especial protección.

## **2 LA VÍCTIMA. CONSIDERACIONES TEÓRICAS Y DOCTRINALES EN EL DERECHO PENAL**

La víctima del delito ha padecido un secular y deliberado abandono. Disfrutó del máximo protagonismo -su edad de oro- durante la justicia primitiva, siendo después drásticamente neutralizada por el sistema legal moderno y redescubierta posteriormente por la tendencia actual del pensamiento moderno.

En el Estado Esclavista Romano podemos advertir tres etapas en la relación autor-víctima, a saber: la venganza ilimitada, la venganza proporcional (Ley del Talión), la retribución del daño (Compositio).

Los estudios precursores de la llamada Victimología, se inician a partir de la segunda mitad del siglo pasado. Hans Von Henting publica en la Universidad de Yale su estudio sobre el criminal y la víctima. Henri Ellenberger trabaja paralelamente sobre el tema ensayando una clasificación de las víctimas en su estudio "Relaciones Psicológicas entre el Criminal y la Víctima".

En 1946 Mendelsohn utiliza la palabra "Victimología" y señala la necesidad de estudiar científicamente a la víctima. Los primeros en trabajar sobre Victimología en América Latina procurando profundizar en el tema, fueron el maestro Jiménez de Asúa, el argentino Sampertegui y Rafael Mendoza Troconis, entre otros.

El tránsito de un Derecho penal con connotaciones privadas a un Derecho penal público tuvo indudables ventajas, tanto en términos de pacificación social como en objetividad, imparcialidad y proporcionalidad. Sin embargo, está ausente la víctima de la definición de la pena y de sus finalidades: la pena es un castigo por el comportamiento delictivo, que cumple finalidades de prevención general y especial.

En 1985, después de los pronunciamientos del VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente, celebrado en Milán, se aprobó la Resolución 40/34, «Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder».

En 1988 se celebró el VI Simposio Internacional de Victimología en Jerusalén y en 1990 el VIII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente, efectuado en La Habana, examinó el tema sobre las «Medidas para proteger a las víctimas y testigos de actividades de tipo terrorista».

Deberá entenderse entonces desde el punto de vista *jurídico-penal*, que víctima es la parte lesionada que sufre perjuicio o daño por un hecho delictivo, la que se convierte en el objeto de estudio de la Victimología, cuya función básica es la obtención de un núcleo de conocimientos asegurados sobre la misma, es un saber sistemático, ordenado, generalizador, no de mera acumulación de datos e informaciones aisladas e inconexas, sino que brinda conocimientos científicos obtenidos de métodos y técnicas de investigación rigurosa en su aplicación, contenido y fiabilidad, con su propio método de estudio: el Clínico.

### **3 TRATAMIENTO DE LOS MENORES EN NUESTRO ORDENAMIENTO PENAL SUSTANTIVO**

La Constitución de la República de Cuba de 1976, en su artículo 40 establece que la niñez y la juventud disfrutan de particular protección por parte del Estado y la sociedad y que la familia, la escuela, los órganos estatales y las organizaciones de masas y sociales tienen el deber de prestar especial atención a la formación integral de la niñez y la juventud.

Con apego a este precepto constitucional, el artículo 127 da la función a la Fiscalía General de la República, como órgano del Estado, del cumplimiento de lo dispuesto en las normas, y la Ley No. 83 de 1997, Ley de la Fiscalía General de la República y su Reglamento, se convierten en instrumentos que guían y uniforman las acciones del fiscal en todo el territorio nacional. Especial relevancia y sensibilidad posee la labor del Ministerio Público en la protección de los derechos



del menor y otorga la facultad de representar y defender a los que carezcan de representación legal.

El delito<sup>4</sup> es generalmente una experiencia negativa para el que lo sufre, tanto como puede ser un accidente o cualquier otro evento traumático. Uno de los rasgos más importantes es que en la generalidad de los casos no se puede vaticinar cuándo y cómo se producirá este.

Los sujetos en el esquema delictual son de dos clases: activos y pasivos. El activo, la persona natural o jurídica que realiza la conducta. El pasivo, el titular del bien jurídico afectado por el delito y sobre el que recae el resultado, que se desdobra en la afectación material o inmaterial, el cambio que se produce con el mundo exterior como consecuencia del delito.

El menor, entendido en nuestra práctica judicial penal, conforme a lo establecido en el artículo 16 apartado 2 de la norma sustantiva, a aquellos que no han cumplido los 16 años de edad y se convierten en víctimas de delitos, en el caso que se cometa una acción u omisión contra su persona o sus intereses, que se cometa un acto delictivo con su participación o en su presencia.

El Código Penal Cubano establece diferentes figuras delictivas donde se protege el menor víctima y se agrava la sanción si el sujeto de derecho lo utiliza en el acto delictivo. Dentro de ellas destacamos el **Título XI Delitos contra el Normal Desarrollo de las Relaciones Sexuales y contra la Familia la Infancia y la Juventud.** Este es el Título en el que por excelencia se protege a los menores de diferentes conductas, de allí que en los capítulos que a continuación se señalan se trate.

---

<sup>4</sup> Se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por ley bajo conminación de una sanción penal. Artículo 8.1 Código Penal Cubano.

#### 4 TESTIMONIO DEL MENOR VÍCTIMA. CONSIDERACIONES

En nuestra Ley Adjetiva se hace referencia a los menores, únicamente en el artículo 179 en el Capítulo referido a la Declaración de los Testigos, en el que se señala que se examinará al testigo menor de edad por vía de exploración, lo que tiene su antecedente en el derecho canónico. Esta no es **más que un interrogatorio libre de todo formalismo legal**, es un acto cuya representación corresponde a los padres. Superior resulta la Ley de Procedimiento Militar, en cuanto a la exploración de los menores, consignando en su art. 187, “que para efectuar la exploración de un menor de 14 años de edad se requerirá de un familiar allegado, o su representante legal, se citará a un maestro, pedagogo, o psicólogo infantil, para que oriente adecuadamente la exploración. No se hará la advertencia del artículo 178, no obstante, el actuante le explicará la importancia de que su testimonio sea completo y veraz, y le hará saber a todos los participantes sus derechos. Las personas que participen en la exploración del menor podrán formularle preguntas a este con la autorización del actuante, el que podrá rechazarlas si las estima improcedentes, lo cual hará constar en acta”.

Cuando se tome declaración a un menor deberá realizarse en un ambiente adecuado, de manera no muy llamativa, debe establecerse con él una conversación informal donde se hayan abordado cuestiones secundarias para finalmente caer en el tema central y, a partir de entonces, es aconsejable una exposición continua, observando con mucha atención las reacciones del pequeño testigo, su semblante, el receptor no debe dar señales de apremio o prisa, es necesario que se haga gala de ser una persona equilibrada, una persona calmada y esto inspirará confianza en el niño, hay que observar su lenguaje, si es propio de un niño o revela palabras que parece que fueron enseñadas.

Al enfrentarse a un menor víctima o de otro tipo, el explorador debe tener pleno dominio sobre el suceso, llegando a saber sobre

este lo mismo o más que el propio niño, así como no puede obviar la edad con que cuenta, la que hemos referido no tiene límites para conocer lo sucedido, pues se ha demostrado que incluso niños tan pequeños como de tres y cuatro años de edad pueden tener recuerdos bastante exactos, aunque más incompletos o con menos detalles que los de niños mayores de ocho años cuando se les dan instrucciones de recuerdo libre.

Consideramos que este acto procesal debiera delegarse por facultad normada en un especialista, al no establecerse así, debiera entonces el receptor tener al menos como regla alguna experiencia en el tratamiento de un niño, realizando un interrogatorio concienzudo que permita apreciar los hechos, nunca conformes con un sí o un no, pues es necesario que el menor amplíe y ofrezca elementos del relato que sean más creíbles y el niño va a declarar sobre aspectos que pudieran afectarlo en su honor o que tengan que ver con esto, deberá cuidarse de no forzarlo a dar detalles que lo afecten porque tratarán de evadir la respuesta.

Desde el punto de vista intelectual y en cuanto al desarrollo de su pensamiento, el niño se encuentra en el período de edad de las operaciones concretas, por lo que es capaz de captar que existen diferencias, aparecen los procesos de agrupamiento, pueden hacer clasificaciones, pero todo esto referido a objetos palpables porque su pensamiento es concreto.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta conveniente analizar algunos principios en el desarrollo de la entrevista infantil, pues hemos observado el fracaso en el interrogatorio del menor en muchos casos:

Brindarle al niño un clima de aceptación, confianza y seguridad, pudiendo ser útil indagar en sus actividades en la escuela, sus amigos y cualquier otro aspecto de interés que hayamos obtenido del estudio previo del asunto, de manera que nos permita garantizar el éxito.

Los niños tienen un mundo cargado de fantasía, por tanto, la confiabilidad de su dicho es relativa. En la entrevista debemos

formularle al niño preguntas cercanas a su mundo interno, de una manera clara y precisa.

La declaración de un menor víctima debe valorarse en su momento teniendo en consideración las circunstancias de ocurrencia del hecho y la edad del mismo, la cual no se encuentra limitada y se considera a partir de la posibilidad del niño de informar y dar detalles sobre lo sucedido (médicamente desde los tres años), así como atendiendo a que en la mayoría de las ocasiones los menores son víctimas de los «delitos de soledad» en los que sólo está presente la víctima y su atacante, hay que atender a la verosimilitud de la declaración, a la confiabilidad de la misma, la precisión de dichas manifestaciones, su coherencia, la persistencia de ellas y, sobre todo, confirmación de lo declarado por los demás datos y pruebas que se practiquen.

La confirmación de la declaración de un niño víctima puede realizarse a través del análisis de algunos elementos existentes en la investigación y otros que pueden obtenerse mediante la práctica de algunas diligencias, siendo ellos la propia declaración de un acusado confeso, en la que se pueden brindar detalles y circunstancias de la acción, referidos por el menor; la prueba documental, como lo es el acta de inspección del lugar del suceso, con la que se puede corroborar el dicho del menor y su verdad al describir detalles significativos del lugar que demuestren su presencia en el mismo y la existencia de elementos de la acción de la que resultó, la declaración de otros testigos, que tiene gran importancia para confirmar lo expuesto por el niño y lo obtenido por otros medios de pruebas.

En cada caso donde sea víctima de un hecho delictivo un menor y pueda ofrecer dudas su testimonio, atendiendo a las características del hecho, es válido solicitar la evaluación y análisis de la declaración por especialistas de la materia, a fin de que emitan un informe sobre la credibilidad de la declaración de un niño en un caso concreto.

La validación de la confiabilidad del testimonio en menores es un tema pobremente tratado a pesar de resultar extremadamente

delicado y complejo en su realización práctica. Es la certificación del grado cualitativo de confiabilidad para su utilización en el proceso judicial, en su carácter de prueba testifical con todas las reservas que una prueba testifical tiene, sin que se refiera a la confiabilidad del niño que testimonia, sino del testimonio que ofrece. Difícilmente puede efectuarse sin la integración de psiquiatras, médicos legistas y psicólogos, pues en cada caso particular puede ser decisivo el aporte de alguno de ellos, especialmente en el caso de menores.

A los fines criminalísticos debe considerarse tan sólo como un análisis de expertos, sobre el grado de confiabilidad (no de veracidad) de lo relatado por el menor, en función de establecer si su descripción del delito objeto del proceso penal es utilizable como prueba testifical. Obviamente, el valor de los resultados de esta pericia será siempre infinitamente menor que el de cualquier prueba objetiva, la cual demuestre o niegue el contenido del testimonio. Puede considerarse que en existencia de tales pruebas que demuestren la objetividad del testimonio del niño, la validación será innecesaria.

Para validar el testimonio de la víctima menor de edad será imprescindible:

Que se aporte siempre toda la información disponible sobre el caso y aún más, se debe estar en disposición de abrir nuevas búsquedas, en interrelación con lo que vayan obteniendo o necesitando los peritos. Igualmente se deberán informar a los peritos las causas que hacen dudar de la confiabilidad del testimonio del niño o niña. Asimismo, poner a disposición de los peritos el contenido textual de la "exploración del menor" obtenida según los requisitos procesales, ya que esta es, en definitiva, el objeto del examen pericial.

En la práctica se encuentra con frecuencia que los funcionarios penales consideran imprescindible someter siempre a duda lo que declara un menor, pero lamentablemente ello no se acompaña de una búsqueda de elementos de comprobación objetiva o referencial de lo que el niño describe, considerando entonces erróneamente que

la “validación” sustituirá a la comprobación criminalística, como si esta alcanzara el nivel de la verdad absoluta.

Otras veces se elaboran dudas a partir de características contextuales de la relación entre el niño o niña víctima y el acusado, elaborando hipótesis mediante la asociación sesgada en un solo sentido de acontecimientos tales como: si la niña es mentirosa habitualmente, miente ahora, olvidando que el mentiroso puede estar diciendo la verdad y que en todo caso su selección para ser victimizado puede verse favorecida porque ese rasgo garantice impunidad al acusado cuando el asunto quede a nivel de “palabra contra palabra”.

Si el acusado tiene “buena conducta” y el niño proviene de un medio socialmente inferior existe una tendencia a parcializarse a favor del acusado, olvidando que esa diferencia también favorece la selección precisamente de esa víctima, así como que esta vez puede ser la primera; también si hay violencia y promiscuidad en el medio familiar del niño, olvidando que estos son factores de riesgo para muchas formas de victimización, como la sexual.

En cuanto a testimonios infantiles está demostrado que la inmensa mayoría no se corresponden con hechos ficticios y que si bien es importante conocer todos los elementos contextuales del menor, el presunto delincuente y su contexto interpersonal, para orientarse en la interpretación del caso, la confiabilidad estará dada por la presencia en la descripción de determinadas irregularidades o “índices discriminativos”, que son los que deciden el criterio pericial.

La validación de testimonio no es una solución en el proceso investigativo, no es prueba tasada, si no existen dudas no hay necesidad de solicitarla y cuando se decida hacerlo deberá ser considerada como prueba pericial acorde con las reglas de peritación.

Importante resulta para la protección del menor que la evaluación que realicen los especialistas no solo esté dirigida a buscar otro medio de prueba para imputar el ilícito penal al quien lleve la condición de acusado en el proceso, sino que además, y con igual

o mayor importancia, deberá realizarse evaluación psicológica del grado de afectación y las recomendaciones médicas para lograr la menor afectación en el desarrollo del infante y, aparejado a ello, la orientación especializada al representante legal, familiares y medio social en que se desenvuelve el menor.

A partir de las consideraciones expuestas anteriormente es posible concluir que en cada momento que se requiera la participación de un menor víctima de un hecho delictivo, consideramos que se podrá llegar a la convicción de la existencia de un testimonio, verdadero o falso, según el caso, y con ello a la aplicación de una justicia correcta, sin causar mayores afectaciones a ese niño sujeto de delito.

En la legislación penal adjetiva cubana se establece la exploración del menor, equiparándola a la declaración de testigo, por lo que resulta indispensable para su real protección la preparación y especialización que del tema posean los responsabilizados con el proceso penal, desde que se realiza la denuncia o se tiene conocimiento de un hecho delictivo en los que el perjudicado resulta ser un menor, ello como parte de la protección estatal que de los infantes desarrolla la Revolución y de lo cual somos responsables.

## **OS MENORES COMO SUJEITOS PASSIVOS DO DIREITO PENAL. TRATAMENTO E PROTEÇÃO**

### **RESUMO**

*Este artigo trata dos menores como sujeitos passivos do direito. Estabelece que os estados signatários garantam à criança, que esteja em condições de formar-se um juízo próprio, o direito de expressar sua opinião livremente em todos os assuntos que afetam a criança. Persegue como fim provocar reflexões em torno aos que têm a responsabilidade de fazer efetiva a proteção dos menores, nos apoiando na ciência da vitimologia e responsabilidade do fiscal como máximo velador da legalidade,*

*desde a ótica do direito penal substantivo e adjetivo, representante do poder estatal cubano, para o qual a formação e o desenvolvimento das crianças têm especial proteção. Considera aspectos teóricos e doutrinários no âmbito do direito penal. Ademais, aborda o tratamento dos menores no ordenamento penal.*

**Palabras clave:** *Menores. Derecho penal. Tratamento aos menores.*

## **CHILDREN AND ADOLESCENTS AS PASSIVE SUBJECTS OF CRIMINAL LAW. TREATMENT AND PROTECTION**

### **ABSTRACT**

This article treats children and adolescents as passive subjects of law. It stipulates that the signatory states shall ensure that the child, who is able to form his or her own judgment, the right to express his or her opinion freely in all matters affecting the child. It pursues as an aim to provoke reflections around those who have the responsibility to make effective the protection of the children, supporting us in the science of the victimology and responsibility of the prosecutor as the maximum vigilante of the legality, from the perspective of the substantive and adjective penal law representative of the state power of Cuba, for which the training and development of children have special protection. It considers theoretical and doctrinal aspects of criminal law. In addition, it deals with the treatment of children in the penal system.

**Keywords:** *Children and adolescents. Criminal law. Treatment of children.*



## REFERENCIAS

ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR. 1992. **Constitución de la República de Cuba**. La Habana: Editora política., Cuba.

ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR. **Ley No. 5, De Procedimiento Penal, Gaceta Oficial de la República de Cuba**, Ed. Ext. Esp., de 1ro. de octubre de 1992.

ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR. **Ley No. 6**, Procesal Penal Militar, Gaceta Oficial de la República de Cuba, de 18 de agosto de 1977.

ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR. **Ley No. 62, Código Penal anotado con Instrucciones y Sentencias del Tribunal Supremo Popular**, Divulgación Ministerio de Justicia, noviembre de 1998.

BONNET, Emilio. **Medicina Legal**. 2. ed. Buenos Aires: López Librero Editores, 1980.

Colectivos de Autores. enero de 2003. **Libro de Temas de Medicina Legal**. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. La Habana, Cuba.

Drapkin, Israel. **El derecho de las víctimas**. 1976.

Melgar, Liberio Oliva. **Reflexiones sobre el sentimiento subjetivo de las víctimas**. Intervención especial, 1. Seminario Internacional sobre Victimología. Palacio de las Convenciones, Cuba. 1998.

Mendelshon, Benjamín. **La Victimología y las Tendencias de la Sociedad contemporánea**. Ilanud al día, año 10. San José: 1981.

Neuman, Elías. **Victimología**. Buenos Aires: 1984.

Rodríguez, María Peirallo. La afectación psicológica de las víctimas de los

delitos. Dirección de Información Jurídica y Divulgación, Ministerio de Justicia, República de Cuba. **Revista Jurídica**, Número 2, noviembre, año 2000. Pág. 31 a 37.

Vidal, Elisa Montalvo. **Entrevista publicada en el periódico Trabajadores**. 6 de Nov. de 2006, pág. 14.

VILLALTA, Marisol Brito. 2007. **El Daño psicológico en las víctimas por delitos sexuales en la práctica judicial cubana**. Tesis en opción de Grado Científico. Camagüey, Cuba.

# Public Prosecutors to Defend the Public Interest: Legitimacy, Objectives, Methods And Accountability<sup>1</sup>

*José P. Ribeiro de Albuquerque<sup>2</sup>*

## **ABSTRACT**

The preconditions for the question I want to address today are the social skills, duties and responsibilities of the Portuguese Public Prosecution Service. It is an independent and autonomous judicial body, based on a constitutional and legal model that confers functions on the Public Prosecution Service encompassing not only criminal prosecution and participation in the implementation of the criminal policy, but also the legal representation for employees, the promotion and protection of the welfare of children and young people, as well as the protection of collective and diffuse interests (environment, urban planning, public health, etc.), the safeguarding of the judicial independence and of the law, the enforcement of judicial decisions, the constitutional review and the promotion of the public interest. It is in the Public Prosecution's powers of initiative in the public interest that I would like to focus on.

**Key-words:** *Public Interest. Legitimacy. Accountability.*

---

<sup>1</sup> Received in: 29/05/2017. Approved in: 02/06/2017.

<sup>2</sup> Senior Public Prosecutor – SMMP – Portugal. E-mail: albuquerque.sesimbra@gmail.com

## 1 INTRODUCTION

The scene of my Prezi presentation is Lorenzetti's painting representing the "Good Government", where the distance and balance between justice and political power is essential to gather citizens in concord, covenant, prosperity and common good.

Inspired by such illustrative allegory, I would like to begin by greeting you all and thanking Marina Matic for her kind invitation and even more so for hosting us here today. This kind of initiatives proves how important the Associations of Prosecutors and the discussion of their social responsibility are.

Being structured and organized, as well as enjoying recognition as organizations, the associations have the capacity and a duty to boost a type of social intervention and participation in the public sphere designed to assert and implement fundamental human rights, as well as to ensure the rule of law and strengthen confidence in justice. So... this is clearly a political subject.

The preconditions for the question I want to address today are the social skills, duties and responsibilities of the Portuguese Public Prosecution Service. It is an independent and autonomous judicial body, based on a constitutional and legal model that confers functions on the Public Prosecution Service encompassing not only criminal prosecution and participation in the implementation of the criminal policy, but also the legal representation for employees, the promotion and protection of the welfare of children and young people, as well as the protection of collective and diffuse interests (environment, urban planning, public health, etc.), the safeguarding of the judicial independence and of the law, the enforcement of judicial decisions, the constitutional review and the promotion of the public interest. It is in the Public Prosecution's powers of initiative in the public interest that I would like to focus on.

## 2 CONTEXT

### 2.1 How inequalities challenge the Public Prosecution Service to be a MAGIStracy engaged in solidarity causes

The BIG PICTURE that challenges PP is **to look at** the protection of common goods –, such as justice, knowledge, public health, environment, etc. - **in contrast** to a depressed society where solidarity have been diluted<sup>3</sup> and replaced by the spiritual emptiness of a worn out society of success measured by wealth and the wealth by success, where almost everything is up for sale<sup>4</sup>.

What is to be expected from Public Prosecutors in this paradigm favouring inequalities? Well...we cannot just flog ourselves with regret. On the one hand, economic globalization does not stop citizens from taking political action; on the other hand, they are increasingly demanding the effective guarantee of fundamental rights and, finally, institutions, such as the Public Prosecution Service, cannot fail to favour conditions of solidarity, since they are the ones that sustain society.

Our starting point is: How to root PP in a justice of proximity and hospitality<sup>5</sup>. The idea that I bring is therefore that of PP as a MAGIS-tracy endowed with social responsibilities<sup>6</sup>... an idea that should have practical consequences, and as such, should be placed in the centrality of the social, democratic life as well as of citizenship.

---

3 Society tends to change, and the last years have been exemplary in this transformation, especially technological, communicational, financial, mercantile and economic, but also ideological, cultural and philosophical, where the nation-state is gradually fading, a phenomenon that has been translated in the so-called globalization or globalization of free trade.

4 Cf. Han, Byung-Chul. *A agonia de Eros*. Lisboa: Relógio de Água, 2014.

5 This reflection was made in: Albuquerque, José P. Ribeiro. *O Ministério Público no contexto de transformação do Estado e das suas funções essenciais: ensaio para um "relatório minoritário"*, em "Ensinar, Defender, Julgar" Para uma reforma das funções do Estado. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 319-352. There, the challenges posed to Public Prosecutors were identified, in particular that of being a proximity prosecution.

6 Eduardo Vera-Cruz Pinto launched the designation at the 9th SMMP congress. Cf. Pinto, Eduardo Vera-Cruz. *O Ministério Público como magistratura do povo: uma exigência jurídica em espera*. In Justiça, Cidadania, Desenvolvimento. Livro do IX Congresso do Ministério Público. Edição do SMMP

This model of PP as a MAGIstracy endowed with social responsibilities supposes a magistracy of promotion and initiative, which has in society both its legitimacy base, its objectives, its methods and its accountability. Let us reflect on how these grounds should be put into practice and daily life, and how to make them institutional incentives of new challenges.

## **The LEGITIMACY underpinning the community prosecution initiative**

### **2.2.1 Ensuring rights**

A truly democratic Prosecution Service must take seriously the constitutional mandate to ensure maximum protection of fundamental rights. This project is a simple and simultaneously ambitious project: To accomplish rights through guarantees. We do not say we are lacking in rights. We say that rights lack guarantees. This is today the true utopia according to *Ferrajoli*: to transform rights into acting, living and current realities<sup>7</sup>.

In this context, PP, as a public institutional power, is functionally bound to respect and guarantee such rights, as an expression of the unit or of “fragments of popular sovereignty” represented by those rights, and it is in this functional and guarantee-based link that must be grounded its legitimacy of initiative, and above all, the legitimacy of its community initiative.

### **2.2.2 Much more than ensuring rights and carrying out a criminal prosecution: defend the public interest.**

We all know that the Public Prosecution Service plays a decisive role in upholding criminal justice and *ius puniendi* in a democratic Rule of Law. However, this key role as guardian of the criminal justice

---

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 79-83.

system through criminal prosecution should not make us forget that PP also defend and promote the public interest, be it general or collective.

This perspective, it can be said, is supported in the most recent documents on the role of Prosecutors: The **“Rome Charter”**<sup>8</sup>, a reference document within the Council of Europe, summarizes European rules and principles concerning prosecutors, and points out that, as a defining concept:

Prosecutors are public authorities who act on behalf of society and represent the general or public interest – as its mission (II; 5, 23 and 26); and in performing their tasks, they should focus on serving society and pay particular attention to the situation of vulnerable persons, notably children and victims (VIII, 22).

As regards the general duties and rights of PP, the recent guide of UNODC and IAP on **“The Status and Role of Prosecutors”**<sup>9</sup> also provides that:

**“Prosecutors shall always serve and protect the public interest.”**<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Available at:

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCPE\(2014\)4&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCPE(2014)4&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864).

<sup>9</sup> Launched in November 2014 this guide is the result of the collaboration between UNODC and the International Association of Prosecutors and synthesizes United Nations guidelines on the role of the Public Prosecutors and IAP Standards of Professional Responsibility and Statement of the Essential Duties and Responsibilities of Prosecutors and compiles those rules with respect for the different criminal justice systems. It can be found at the following e-mail address: [http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/14-07304\\_ebook.pdf](http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/14-07304_ebook.pdf). It also states that Public Prosecutors **“Remain unaffected by individual or sectional interests and public or media pressures and shall have regard only to the public interest”** or that prosecutors should play an active role in criminal proceedings in particular: where, according to local law and practice, they exercise supervisory functions in relation to the execution of a judicial decision or when they perform a function other than that of the prosecution, **they must always act in the public interest**, among other references.

<sup>10</sup> What does the Portuguese PP about the defence of public interest?

**Article 3º - Competence:**

1 – It is a special competence of PP:

(...)

l) Intervene in bankruptcy and insolvency proceedings and **in all cases involving public interest**; What does CoE Recommendation Rec(2000)19 tell us about public interest? .It states that Public Prosecutor is a public authority charged with ensuring, **in the name of society and in the public interest**, the application of the law, where non-compliance implies criminal sanctions, taking into account individual rights and the necessary effectiveness of the criminal justice system.

The public interest here means not only the public interest in criminal prosecution, which procedurally promotes security and freedom, but equally the public interest in having access to law and jurisdiction, ensuring the protection of common goods, such as environment, public health, consumers rights or the promotion of property and personality rights of the most vulnerable people (children and young people, persons with disabilities, absent persons).

Only in this way the name of “**public**” conferred on a magistracy will acquire full meaning, which is thus transformed into a true “ministry”, that is, a magistracy intended to serve the public interest.

### **2.2.3 What should and should not be the public interest defence: an approximation to the community prosecution initiative.**

The approach to the community prosecution initiative means first and foremost doing a practical job in touch with reality; a job that should pay attention to the practical experience and that only then extracts its principles; a job that is attentive to the needs and aspirations of community, that is open to life. How should this initiative be conceived?

The community prosecution initiative should begin by being a proximity-based magistracy. It should be up to PP to seek the citizens, to know their needs and aspirations for justice. It should be up to PP to effectively guarantee the citizens’ rights to freedom and security, as well as their social, economic and cultural rights. It is up to PP to be the booster of citizenship, and not just the intermediary.

In an increasingly complex society PP must be aware of its place, as well of its responsibility within the justice system, and therefore must be permeable to society of our time, in order to fulfil the “**public**” side of being a ministry, and respond – for being responsible – to society expectations.

We are talking about a model of proximity-based justice that we



have already mentioned. Within that model of proximity-based justice, first, it's important to have the community prosecution initiative divided into two territories, in what we can call a present task that branches in two futures:

The community initiative in the criminal justice field (preventive in nature).

The community initiative to promote and guarantee social, economic and cultural rights (which is a guarantee and promotion initiative).

### **3 COMMUNITY PROSECUTION INITIATIVE**

The community prosecution initiative has been tested in other justice systems. According to the Association of Prosecuting Attorneys<sup>11</sup>, it covers several situations, from strategies designed to address problems that have been identified in a given community; through improved types of inter-institutional coordination or through more efficient prosecution, until what we could describe as a more effective, constant and ultimately concrete presence of PP within a given community<sup>12</sup>.

For us, the most accurate notion of this type of community prosecution initiative is the effective presence and involvement of PP in the community, thus giving effect to the notion that the Public Prosecution Service is a magistracy intended to serve the public interest and protect common goods.

It is a commitment to society, including the public bodies, such as the security forces and public authorities, be it police, municipal or other, and private institutions, like local groups or organizations, local traders, minority representatives, NGOs, the national or local media, educational establishments and universities, churches or religious

---

11 Cf. *Choosing performance indicators for your community prosecution initiative. Prosecutor's report*. BJA, available at: [http://www.courtinnovation.org/sites/default/files/documents/Choosing\\_Performance\\_Indicators.pdf](http://www.courtinnovation.org/sites/default/files/documents/Choosing_Performance_Indicators.pdf).

12 Good practices and good laws are those based on the experience of everyday existence and its conflicts.

groups, basic organizations and all formal or informal associations, that in anyway pursue purposes in accordance with the powers of intervention of PP.

What might be the advantages of and the novelty value in forming partnerships with civil society?

Altruism and solidarity are valued.

Civil society representatives may be allies of PP, who must be able to participate and enter into engagements with the community.

Public resources are spared.

Institutions get closer from their legitimacy base.

Dynamism and inspiration are gained through external views than those of PPP; it also benefits from the flexibility of civil society intervention and its freedom of action that public prosecutors do not always have.

It enables pedagogy on the role of PP in the community.

Those partnerships may provide crucial help and support as far as techniques and know-how are concerned.

In turn, **PP** involved in the community initiative, shall be able to<sup>13</sup>:

Solve problems.

Form partnerships.

Assess and be accountable.

### **3.1 The practical aspects of the community prosecution initiative:**

What are the practical dimensions necessarily reflecting a community initiative model? How to fulfil the “public” side of being prosecutor? Henk Korvinus<sup>14</sup> explains:

---

<sup>13</sup> Cf. Porter, Rachel. *Choosing Performance Indicators for Your community Prosecution Initiative*. cit.

<sup>14</sup> Let us follow here closely the systematization and examples presented in the intervention held at the 19th IAP conference - November 2014. Cf. Korvinus, Henk. *The public role of the prosecutor: four in-*

(1) First of all in the ownership of prosecution, which is public, carried out on behalf of society or the people, and as such, in the public interest. This is, for example, the basis of its *legitimacy* of initiative.

(2) Another dimension of the community prosecution initiative is the one developed “with the public”<sup>15</sup>.

In this case PP are involved not only in preventing crime, but also, as regards collective and diffuse rights, in promoting and guaranteeing those rights. And this implies co-operation and partnerships with society. This means that the Public Prosecution Service should not be reactive, but must meet citizens’ priorities and concerns.

This has to do with the intervention of PP when working with local authorities where, for instance, a certain type of crime occurs, whether linked to foreigners, domestic violence or sexual exploitation; concerns that have its equivalent in the protection of social rights and in those that matter to the protection of collective and diffuse rights.

This implies that PP may have to get in touch with the civil society, making itself known in order to diminish institutional distance, including cooperation with social support networks, Private Institutions of Social Solidarity, public health network, the environment or consumer protection, as well as the co-operation with the local elected representatives, the schools, business associations and trade unions.

In this case, the community prosecution initiative runs “with the public”, thus enabling *PP* to be itself a builder of institutions and of community spirit. We have here the basis of its objectives of initiative.

(3) The community prosecution initiative is also about the people targeted by the intervention and those are of course also “public” too.

---

*novative initiatives.* [http://www.iap-association.org/getattachment/Conferences/Annual-Conferences/Annual-Conference-2014/Tuesday-25-November-2015/19AC\\_P2\\_Speech\\_Henk\\_Korvinus.pdf.aspx](http://www.iap-association.org/getattachment/Conferences/Annual-Conferences/Annual-Conference-2014/Tuesday-25-November-2015/19AC_P2_Speech_Henk_Korvinus.pdf.aspx).

15 Cf. Pinto, Eduardo Vera-Cruz. *O Ministério Público como magistratura do povo: uma exigência jurídica em espera.* Em *Justiça, Cidadania, Desenvolvimento.* Livro do IX Congresso do Ministério Público. Edição do SMMP. In this context, as pointed out by H. Korvinus, this aspect also concerns the priorities of the Public Prosecutor’s Office in the execution of a criminal policy, has it to do with domestic violence, has to do with terrorism, which remains dramatically active and close to us, as the recent events in France have horribly shown, has to do with corruption, cybercrime or organized and violent crime or the trafficking in human beings, the various types of modern slavery or trifle crime drug-related.

They are part of the dimension where PP acts “for the public”. Are part of that dimension, obviously, the victims of crime, such as the victims of domestic violence, victims of child sexual abuse and their family members, victims of slavery or trafficking in human beings or even older victims with whom we need to know how to communicate and interact, both institutionally and emotionally, assembling here all those who are requiring guarantees to promote their rights. We have here the basis of the method of its intervention.

(4) Finally, taking advantage of the examples given by H. Korvinus, the community prosecution initiative implies an accountability different from the one that has been adopted.

In other words, what we need is to put PP intervention “under the eye of the public”. What does that mean? In an information society, where commentators influence communication and public opinion, everything PP does is subject to scrutiny starting with the investigation.

All this visibility overrates the perception of the justice system performance and imposes high standards of integrity as well as of professional and personal responsibility. It is important to establish self-imposed ethical rules – this is a role the associations of prosecutors should know how to interpret and implement.

Such practical dimensions show that we are not just a MAGIStRacy. We are, first and foremost, a MINIStry entrusted with the huge responsibility and the great challenge of carrying out initiative functions on behalf of the public, for the public, with the public and in the eye of the public<sup>16</sup>.

This sets out, finally, the core accountability framework of PP.

### **3.2 Organizational requirements for the community prosecution initiative.**

The PP corporate governance structure must be able to change, which implies developing competencies to adapt to the challenges

---

<sup>16</sup> Cf. Korvinus, Henk, *The public role of the prosecutor: four innovative initiatives*. cit.

and supposes internal leadership and organizational<sup>17</sup> competencies to be open to community problems it is tasked to solve.

In view of the foregoing considerations, the community prosecution initiative calls on the PP to work as a team when acting locally, both on the definition of plans and priorities, whether they relate to the freedom and personality rights or of social rights needing promotion. To this end, the community prosecution initiative requires:

(1) Organizational and functional flexibility in order to be adapted to each local community, where PP can develop the specific community prosecution initiative.

(2) Preparation through appropriate training and self-assessment to adjust the effective presence and involvement of PP in the community.

(3) Coordination to streamline strategy, impulse, implementation and assessment of the community prosecution initiative.

As we will see, this community prosecution initiative and action plan entails re-thinking the framework within which PP should operate as well as the one within which it must be accountable and implies an appropriate model regarding strategy, decision-making and assessment.

### **3.3 The community prosecution initiative as a model of FORESIGHT and STRATEGY.**

Here, we are dealing with the “**VISION?**” of PP initiative in promoting the public interest. In this field, the deepening of autonomy is the only acceptable vision. We may have the best organizational

---

17 With which we should identify the leadership and hierarchy characteristics enunciated by Eduardo Vera-Cruz: leadership in the exercise of competencies; in the respect earned by honesty, competence, accuracy, courtesy in the internal relationship; institutional cooperation established with other actors of the judicial system and other entities; knowledge of laws and jurisprudence and coherence of action; boldness and functional innovation; in their demonstrated capacity in the persevering task of ensuring the autonomy of PP and the means for their action; in accordance with the deliberations of the HCPP; in dialogue with the SMMP; in the material imposition, by the action of the PP, of the principle of equality of citizens before the law and in a relationship with the press aimed at clarifying public opinion whenever this is necessary and not for personal reasons or journalistic stimuli. Cf. O Ministério Público como magistratura do povo: uma exigência jurídica em espera. em Justiça, Cidadania, Desenvolvimento. Livro do IX Congresso do Ministério Público. Edição do SMMP.

skills, etc., but the entire strategy underpinning the community prosecution initiative requires that the PP Service knows how to govern itself, that is to say that it has to decide what it considers to be good for the community, the public interest and the protection of common goods. What strategy will this be?

The community prosecution initiative should be focused on a proactive intervention model, whose starting-point would be a commitment to the community, based on partnerships with civil society, and seeking to identify and solve problems and meet challenges that emerge from community, not only reacting to crime, but also to prevent it<sup>18</sup>; not only in the intermediation and safeguarding the freedom and social rights, but in their effective promotion and jurisdictional guarantee.

### **3.4 The community prosecution initiative as a DECISION-MAKING model**

The issue here is how the community prosecution initiative should be CONDUCTED. The process of running the initiative entails establishing a valuing link with the strategic view referred to above. It is within the scope of the decision model that it is important to talk about the OBJECTIVES of the Public Prosecution Service's intervention in promoting the public interest.

The objectives cannot be dissociated from the nature of PP as a magistracy – a magistracy of impulse, promotion and initiative – where community prosecution initiative must be included. The objectives have naturally a limited normative nature, thus constituting what is being called *soft law*<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> In this sense, cf. Jansen, Steve; Hood, Robert. A Framework for High performance prosecutorial services. APA, 2011, p. 2. Available at: <http://www.prosecutingattorneys.org/wp-content/uploads/APA-High-Performance-Framework-FINAL.pdf>.

<sup>19</sup> They do not, however, have a zero legal power; they are not what some call “legislative neutrons”. They have limited normative effects, of course, because they are addressed primarily to the public authorities, but their teleological dimension allows for an effectiveness check which, if it is operationally

In any event, it is by reference to the objectives that law must be accommodated and it is the hierarchy of objectives that organizations must adhere and comply with<sup>20</sup>. As a decision model, the community prosecution initiative requires knowledge, processing and analysis of relevant information about the functioning of the justice system and of PP involvement in it, proposed to promote and guarantee rights.

Such an approach, as a decision model, requires the encouragement of creativity and innovation. Both are needed to solve problems, which implies a paradigm of a PP further anchored in the overall culture and in the complexity of modern society, as well as open to the variety of solutions.

### **3.5 The community prosecution initiative as a model of RESPONSIBILITY (accountability for what is initiated).**

The issue at stake here is the DEMONSTRATION of the community prosecution initiative: to know how to be accountable for the future rather than for the past. Accountability is the crucial criterion for democracy and should be one of the parameters for the legitimacy of PP. But this accountability is only required for those who have the means to administer justice responsibly.

The issue that arises here is also that of the financial autonomy of the Public Prosecutor's Office, which we will not develop, or address here, but which must be present when we speak of accountability.

---

limited, is still referentially decisive in assessing and validating the conduct of public authorities, who must respond by the means and results of the flexible obligations that result from the objectives set, to which a new normative function must be recognized, which is more than a permission and less than an obligation, although they can be seen as only permissions, to the extent and only in so far as they authorize the limitation of a right or a power. Cf the view of Montalivet, Pierre. *Les objectifs sont-ils des règles de droit? Les objectifs dans le droit.* (Direction de Bertrand Faure). Dalloz. Paris, 2010, pp. 61, 56, where it is cited, in the sense of being a permit, the decision of the ECHR of 10/22/81 in the case *Dudgeon v. United Kingdom*, A-45, §52..

20 The active collaboration of PP to achieve objectives is fundamental to test their effectiveness, but also to legitimize the options - **which links the decision model to the strategy model**. To act on the real rather than on the slogans - this is the way of the community prosecution initiative. It is by starting from it and from the institutional reality that the objectives of PP initiative must be stated: **from reality to objectives and not from proclamations to reality**.

What does the Public Prosecution Service propose to defend, promote and guarantee? This should be the starting point for accountability.

When assessing the effectiveness of PP intervention – without taking into account the traditional paradigm of the case-processing prosecutor (process dispatcher) –, what is important to evaluate is the performance based of PPService on the cases it initiates and in which promotes, ensures and boosts the defence of the rights to freedom and security or of the social rights, as well as through preventive interventions within the community.

This approach is different from that based on the assessment of the number of cases closed, the level of convictions the percentage use of certain procedural mechanisms of opportunity or diversion and the always-called ultimatum for procedural speed<sup>21</sup>. The evaluation should therefore measure the prosecution's initiative within the justice system rather than the traditional intervention model – the reactive justice system.

Innovation, continuous improvement and the development of new roles, whether within the criminal justice system, or in guaranteeing the freedom and social rights, in any case the QUALITY of performance is crucial.

#### **4 CONCLUSION**

The future history of justice and PP has not been written yet. PP should not just witness, but also write part of that story, if they are to preserve independence and show responsibility. PP, as an authority endowed with power of initiative and promotion of the democratic Rule of Law, it should be in the public interest, as a common good, that its action should be centered.

It is also through the effective exercise of such intervention po-

---

<sup>21</sup> This approach is not intended to measure "effectiveness", as it should be perceived in a community prosecution initiative model, in which new roles are conferred to PP.



wers that the effectiveness, productivity or efficiency of a MAGIStracy should be invoked and assessed. In spite of the economic empire of quantification and management, incapable of giving humans the recognition it gives to profit, PP must develop strong institutional roots in order to enjoy constitutional legitimacy.

The PP field of action cannot but be the proximity-based justice, founded on the Law and taking seriously the enforcement of citizenship rights, since we cannot be indifferent to the lives that people live. This is one of the major challenges in the future of PP.

## **PROCURADORES PÚBLICOS PARA DEFENDER O INTERESSE PÚBLICO: LEGITIMIDADE, OBJETIVOS, MÉTODOS E RESPONSABILIDADE**

### **RESUMO**

*As condições prévias para a pergunta que quero abordar hoje são as habilidades sociais, deveres e responsabilidades do Ministério Público de Portugal. É um órgão judicial independente e autônomo, baseado em um modelo constitucional e jurídico que confere funções ao Ministério Público, abrangendo não só o processo penal e a participação na implementação da política criminal, mas também a representação legal dos funcionários, a promoção e proteção do bem-estar das crianças e dos jovens, bem como a proteção dos interesses coletivos e difusos (ambiente, urbanismo, saúde pública, etc.), a salvaguarda da independência judicial e da lei, a execução de decisões judiciais, A revisão constitucional e a promoção do interesse público. É no poder de iniciativa do Ministério Público no interesse público sobre o qual gostaria de me concentrar.*

**Palavras-chave:** Interesse Público. Legitimidade. Prestação de contas.

## REFERENCES

ALBUQUERQUE, José P. Ribeiro. **O Ministério Público no contexto de transformação do Estado e das suas funções essenciais: ensaio para um “relatório minoritário”**. In: “Ensinar, Defender, Julgar” Para uma reforma das funções do Estado. Coimbra: Almedina, 2014

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. Madrid: Editorial Trotta, 2014

HAN, Byung-Chul. **A agonia de Eros**. Lisboa: Relógio de Água, 2014.

KORVINUS, Henk. **The public role of the prosecutor: four innovative initiatives**. [http://www.iap-association.org/getattachment/Conferences/Annual-Conferences/Annual-Conference-2014/Tuesday-25-November-2015/19AC\\_P2\\_Speech\\_Henk\\_Korvinus.pdf.aspx](http://www.iap-association.org/getattachment/Conferences/Annual-Conferences/Annual-Conference-2014/Tuesday-25-November-2015/19AC_P2_Speech_Henk_Korvinus.pdf.aspx)

MONTALIVET, Pierre. **Les objectifs sont-ils des règles de droit?** Les objectifs dans le droit. (Direction de Bertrand Faure). Dalloz. Paris, 2010.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **O Ministério Público como magistratura do povo: uma exigência jurídica em espera**. Em Justiça, Cidadania, Desenvolvimento. Livro do IX Congresso do Ministério Público. Edição do SMMP.

VERA-CRUZ, Eduardo. **O Ministério Público como magistratura do povo: uma exigência jurídica em espera**. em Justiça, Cidadania, Desenvolvimento. Livro do IX Congresso do Ministério Público. Edição do SMMP.

# El Fiscal Ante El Juicio Oral<sup>1</sup>

Lázaro Esteban Guzmán Díaz<sup>2</sup>

## RESUMEN

Este artículo se propone abordar algunas de las funciones del fiscal en los juicios orales. Trata determinadas cuestiones que consideramos endebles en su preparación y desplegar puntos de vistas con cierta flexibilidad, lo cual no significa que sean totalmente nuevos, sino a partir de la praxis observarlos desde una perspectiva renovada. Los fiscales tradicionalmente enfrentan el juicio oral según la preparación individual que cada uno posea y ello se ha basado con preferencia en el conocimiento del sumario o fase preparatoria del juicio oral, considerando que dominarla constituye la suprema clave para el éxito, lo cual no está totalmente alejado de la realidad, pero no suficiente si carece de estrategias y conocimientos científicos. La etapa de debate en el juicio oral transcurre, entre otros trámites, sobre la base de la práctica de las pruebas propuestas por las partes y ello supone que constantemente se produzca un reacomodo sucesivo de las tesis de ambas, porque aparecen nuevos elementos de prueba que sustituyen a otros ya existentes y lógicamente sustituyen también el criterio anterior de los jueces por otro nuevo, el cual a su vez podrá sustituirse por otro más nuevo en dependencia de las circunstancias de la percepción.

**Palabras clave:** *Juicio oral. Fiscal. Práctica de las pruebas.*

---

<sup>1</sup> Fecha de recepción: 18/05/2017. Fecha de aceptación: 02/06/2017.

<sup>2</sup> Lázaro Esteban Guzmán Díaz. Fiscal / Pinar del Río. Especialista en Derecho Penal y profesor adjunto en la Facultad de Humanidades de la Universidad "Hermandades Saiz".

## 1 INTRODUCCIÓN

Recientemente un grupo de fiscales que atienden los procesos penales en el país, participaron en el entrenamiento en juicio oral y público impartido por la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana en coordinación con la Fiscalía General de la República. De dichos encuentros, dentro de un programa muy bien concebido a partir de una idea magistral, nos surgieron inquietudes sobre la actuación del fiscal ante el reto que representa el acto del juicio oral.

En el año 1991, el Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, ex fiscal general de la república, planteó:

es difícil ser fiscal y salir bien parado de una prueba de fuego como es el juicio oral, sujeto a opiniones de gente que sabe y de gente que no sabe. Si nuestra labor está encaminada además a que el juicio oral juegue un papel divulgativo, de influencia y de prevención, pues (...) entonces la exigencia con los fiscales será cada vez mayor. (OCHOA, 1991, p.28).

Han pasado 20 años desde entonces. El presente artículo se propone abordar algunas de las funciones del fiscal en los juicios orales, tratar determinadas cuestiones que consideramos endebles en su preparación y desplegar puntos de vistas con cierta flexibilidad, lo cual no significa que sean totalmente nuevos, sino a partir de la praxis observarlos desde una perspectiva renovada.

Los fiscales tradicionalmente enfrentan el juicio oral según la preparación individual que cada uno posea y ello se ha basado con preferencia en el conocimiento del sumario o fase preparatoria del juicio oral, considerando que dominarla constituye la suprema clave para el éxito, lo cual no esta totalmente alejado de la realidad, pero no suficiente si carece de estrategias y conocimientos científicos<sup>3</sup>,

---

<sup>3</sup> Sobre el Derecho como ciencia ver Prieto Valdés, M. Conferencia del mismo título y La Enseñanza del Derecho Constitucional I y II, ponencias presentadas en Seminarios Internacionales II y III acerca de la Enseñanza del Derecho, La Habana y publicadas en Revista electrónica mexicana de Derecho, No.s. 14 y 15/2001. Defiende criterio del Derecho como ciencia frente a diversos postulados históricos que lo

para enfrentar situaciones en el proceso de contradicción, cuando por su premura no resulta posible estudiar en ese momento, sino que era preciso haberlo hecho antes.

No podemos aspirar a quedar bien parados en cada “puesta en escena” si tenemos al Derecho Penal, la Teoría del Estado y el Derecho<sup>4</sup>, el Derecho Civil y otras materias básicas de pregrado, como aprobadas y poco consultadas. No podremos entender a Claus Roxin y a Carlos Creus si primero no conocemos a Quirós Pérez y a Mayda Goite, por solo citar a algunos de los autores reconocidos del patio.

El juicio oral es además de un ejercicio científico, un momento de reflexión donde se impone el sentido común, dicho de otra manera, donde el fiscal debe ser una persona culta e informada y ello le permitirá con más facilidad articular esa conexión entre los fenómenos, lo factual de la vida y lo conceptual, las esencias y tendencias de la sociedad y su reflejo en el Derecho Penal. Esa cultura no se revela con rebuscadas citas enciclopédicas ni de autores famosos, sino en las horas que en la vida dedicamos a leer, a hablar con la gente, observarla y ponernos en su lugar, porque ello después inconcientemente se refleja en el calibre de nuestras reflexiones y la capacidad de interconectarlo con vasos comunicantes de causa efecto. De nada nos vale repasar oratoria si nuestro vocabulario es pobre y aburrido, con el cual no se puede ni sorprender ni incitar al destinatario a una reflexión.

---

cuestionan y cita a Tamayo y Salmorán, R. El Derecho y la Ciencia del Derecho. UNAM, México, 1986, pp.123-124: el Derecho es Ciencia por cuanto existen hombres (denominados juristas o jurisconsultos) que se ocupan del estudio, análisis, investigación o descripción de algo que se denomina Derecho y porque existe un conjunto de enunciados (resultado de la labor de los juristas) las cuales versan sobre algo que se designa con la palabra Derecho, reconociéndole carácter científico a la labor analítica sobre el fenómeno y al resultado aplicativo de la normativa. Por su parte Fix Zamudio en Metodología, docencia e investigación jurídica, Ed. Porrúa, 4ta.ed., México, 1995, dedica especial atención a la Ciencia del Derecho como disciplina científica que estudia los fenómenos jurídicos. Con un criterio más integrador E. Díaz en su Curso de Filosofía del Derecho. M Pons, Madrid, 1998, Pág.158, apunta que la Ciencia del Derecho una ciencia teórico-práctica y normativa por cuanto es de y sobre normas, describe, analiza, interpreta y aplica normas.

4 Vid. El Estado, el sistema político de la sociedad, la esencia del Derecho y sus relaciones con la política y la moral, la norma jurídica y su estructura, la teoría de la relación jurídica y la realización y la aplicación del Derecho, Fernández Bulté. Julio. Teoría del Estado y del Derecho, en dos tomos. Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

## 2 ALGUNAS REFLEXIONES

El procedimiento penal cubano cuenta con el juicio oral desde 1889, posee ya más de un siglo de experiencia, tiene un carácter mixto moderno y acumula práctica en comparación con otros países de la región.

Al decir de RIVERO GARCÍA el juicio es la fase decisoria o principal del proceso penal, que tiene por fin establecer si puede acreditarse con certeza, fundada en las pruebas en él recibidas en forma oral y pública, que el acusado es penalmente responsable del delito que se le atribuye, lo que determinará una sentencia condenatoria, o si tal grado de convencimiento no se alcanza, una decisión absolutoria, por lo que es el momento culminante del proceso penal, su fase fundamental o estelar. Al mismo se llega, luego que la acusación y la defensa han planteado sus respectivas posiciones (calificaciones provisionales), ofreciendo los medios de pruebas en mérito a sus intereses<sup>5</sup>.

Nuestro procedimiento, contradictorio, oral y público en el juicio oral, con participación letrada en representación del acusado, posee las garantías necesarias para un debate justo y efectivo ante un tribunal imparcial e independiente, dentro del cual el fiscal lleva un papel fundamental, porque es quien ejercita la acción penal, conduce al acusado hasta esa etapa del proceso y lleva la carga de la prueba.

Identificar el objeto del debate, como punto polémico a partir de los hechos y cuestiones de derecho e identificar su idea central resulta esencial para un buen juicio oral, pues ello permite centrar la práctica de las pruebas en aspectos medulares y a la vez conocer y definir sobre la marcha las intenciones o pretensiones del abogado defensor, que no siempre coinciden con las exteriorizadas en sus conclusiones provisionales, partiendo de la base de que a diferencia del fiscal, puede modificar totalmente su tesis y plantear al tribunal

---

<sup>5</sup> RIVERO GARCÍA, Danilo-PÉREZ PÉREZ, Pedro. La celebración del juicio oral seguido contra persona natural. En soporte digital.

otra completamente diferente, lo mismo de hecho que de derecho en el momento de elevarlas a definitivas y fijar los extremos a valorar el Tribunal en la sentencia. ¿Sorprende esto siempre a los fiscales? No, pero para ello hay que dominar las técnicas del interrogatorio e incidencias en torno a la práctica de las pruebas ante el Tribunal, porque ninguna modificación imprevista de la defensa con vistas a sus conclusiones definitivas puede estar alejada del resultado de la previa práctica de pruebas. Si estamos atentos a ello, resulta posible identificar a tiempo y contrarrestar cualquier maniobra táctica de la defensa.

Y es que el Derecho es una obra de razón humana y el espíritu humano pone su orden lógico en los procesos del pensamiento. La dialéctica<sup>6</sup> o lógica formal estudia los actos del pensar, establece que todos los objetos y fenómenos de la realidad no existen sin movimientos, que todo está en constante cambio y desarrollo, de ahí que auxiliarnos de sus postulados en el proceso penal y específicamente en el juicio oral, resulta importante para la comprensión de muchos incidentes o contingencias desde una posición serena y profesional, que nos ayude a adoptar la mejor decisión.

No pueden los fiscales sentirse ofendidos ante el ímpetu del abogado defensor, porque la ley de la unidad y lucha de contrarios<sup>7</sup>, como ley de la lógica dialéctica, nos explica que los objetos y fenómenos se desdoblán en tendencias contradictorias, constituyendo una unidad de contrarios en lucha permanente entre ellas, con un contenido interno que es fuente del desarrollo, coexisten simultáneamente, uno supone al otro y ambos conforman una unidad que puede llegar a un

---

6 Cfr. Selección de Lecturas de Cultura Política. Primera Parte. Texto provisional de enseñanza media superior. Editorial Pueblo y Educación. 2005. La dialéctica es la ciencia que trata de las leyes más generales del desarrollo de la naturaleza, la sociedad y el pensamiento humano. Concibe la realidad en constante cambio, transformación y desarrollo y reconoce que en las contradicciones internas de los objetos y fenómenos está la fuente del desarrollo de la realidad.

7 Vid. Es una ley de la lógica dialéctica en virtud de la cual todos los fenómenos, objetos y procesos les son inherentes contradicciones internas, aspectos y tendencias contrarios, que se encuentran en estado de concatenación y negación mutua por lo que da un impulso al desarrollo. Konstantinov. Materialismo Dialéctico. Fundamentos de Filosofía Marxista Leninista. Parte 1. Editorial Ciencias Sociales. La Habana 1976. Pág. 154.

equilibrio temporal, de modo que el ataque y la defensa forman una unidad en el proceso penal donde hay dos contrarios: el acusador y el acusado, los elementos de pruebas, el que la propone y el que la contradice, haciendo efectivo así el principio de contradicción que en definitiva desarrolla el proceso hacia la justicia. De ahí que nunca el fiscal debe creerse con la verdad absoluta y subestimar a la defensa, porque esta a partir de los propios elementos de prueba del fiscal puede valorar aspectos diferentes y conducir a los jueces a un resultado distinto. Téngase en cuenta que al abogado defensor solo le bastaría con introducir la duda razonable en el resultado de la valoración de los elementos de pruebas para obtener un fallo a favor del acusado al pie del principio *in dubio pro reo*. Pero todo ello al final, conduce a una mejor administración de la justicia por el Tribunal.

Otra de las leyes de la lógica dialéctica nos enseña el tránsito de los cambios cuantitativos a cualitativos y viceversa<sup>8</sup>, referida a que las características de cantidad y cualidad y viceversa, son propias de todos los objetos y fenómenos, donde la cantidad y la calidad están relacionadas entre sí y en el proceso de desarrollo se pasa de cambios graduales de cantidad a cambios de cualidad, pero tanto unas como las otras tiene una medida, de tal manera que cuando los cambios de cantidad transgreden los límites de esa medida necesariamente cambian las cualidades del objeto o fenómeno. En el debate penal, por ejemplo, sucede que determinado elemento de prueba tiene gran cantidad de contradicciones y por tanto tendríamos que valorar que su cualidad de elemento probatorio cambiará porque difícilmente será tomado en cuenta por el tribunal. Ello no contradice que el mínimo material probatorio desplegado a partir de nuestra prueba de cargo pueda ser un único testigo, si la calidad que significa su declaración frente a otros resulta superior.

---

<sup>8</sup> Esta ley es una concatenación y una acción recíproca de los aspectos cuantitativos y cualitativos del objeto, en virtud de las cuales los cambios cuantitativos, pequeños e imperceptibles al principio, van acumulándose gradualmente, alteran tardeo temprano la medida del objeto y originan cambios cualitativos radicales en formas diversas en dependencia de la naturaleza del objeto y de las condiciones de su desarrollo. Ídem Pág. 142.



La etapa de debate en el juicio oral transcurre, entre otros trámites, sobre la base de la práctica de las pruebas propuestas por las partes y ello supone que constantemente se produzca un reacomodo sucesivo de las tesis de ambas, porque aparecen nuevos elementos de prueba que sustituyen a otros ya existentes y lógicamente sustituyen también el criterio anterior de los jueces por otro nuevo, el cual a su vez podrá sustituirse por otro más nuevo en dependencia de las circunstancias de la percepción. Por tanto, no podemos perder la calma ante tales situaciones que se producen en un período muy corto de tiempo, porque de la ley de la negación de la negación<sup>9</sup>, aprendimos que el desarrollo se produce negando lo viejo por lo nuevo y lo inferior por lo superior, porque lo nuevo al negar lo viejo no lo desecha totalmente, sino que conserva y desarrolla sus rasgos positivos adquiriendo un carácter progresivo. Por tanto, este es un instrumento del conocimiento para la valoración de las pruebas, de las cuales debemos ir tomando los elementos que nos conduzcan siempre hacia lo nuevo, con la perspectiva de no desechar aquellos elementos viejos que resultan positivos para demostrar una tesis y el fiscal debe permanecer atento, tanto a la prueba de cargo como a la de descargo, esta última no siempre necesariamente atribuida al abogado defensor, pues también corresponde al fiscal aportarla cuando exista.

Categorías filosóficas como lo singular y lo general, causa y efecto, posibilidad y realidad, contenido y forma, esencia y fenómeno, entre otras, deben ser dominadas por los fiscales, pues por ejemplo, en el Derecho Penal muchas veces hay que tornar aprovechable tanto lo general como lo individual, porque en muchas ocasiones los factores de poca monta totalmente secundarios a primera vista en un interrogatorio, son puestos al servicio de la comprobación de los

---

<sup>9</sup> Es una ley cuya acción está condicionada por el nexo y la continuidad entre lo negado y lo que niega, a consecuencia de ello la negación dialéctica no rechaza todo el desarrollo precedente, sino una condición del desarrollo que afirma y conserva en sí todo el contenido positivo de las fases anteriores, repite a un nivel superior algunos rasgos de los grados iniciales y tiene, en su conjunto, un carácter de avance, ascensional. Ídem Pág. 162

hechos, y por tanto para conocer la realidad se aprovecha, además de las notas jurídicas normadas por la ley, los detalles individuales económicos y sociales vinculados con el suceso y así se obtendrá un cuadro más acabado para encuadrar el hecho en el tipo penal, el cual está conformado por características singulares, tanto objetivas como subjetivas, que en su conjunto conforman la figura de delito y resultan la herramienta para el ejercicio de subsunción del hecho en la norma. Ningún sentido tendría la pregunta ¿por qué? si no existieran las ideas de causa y efecto. No podríamos formular y entender la pregunta ¿dónde? si no existiera la figura categoría del espacio.

Tampoco tendría sentido hablar de un funcionario corrupto o de un transgresor de la ley al margen de las ideas del bien y de la justicia. Y es que las categorías son generalizaciones de la experiencia humana como formas universales del reflejo del mundo objetivo en el pensamiento del hombre.<sup>10</sup>

Para ello además se requiere de una cultura general obtenida en nuestras vidas, porque resultan indispensables en el juicio oral las reglas de la experiencia común, sobre las que tantas veces hemos escuchado a abogados y fiscales solicitarle su dominio a los jueces, pero antes ambas partes tienen que conocerlas, porque de ellas se configuran estrategias, tácticas y aspectos que constituyen herramientas para convencer, pues no es posible demostrar y persuadir a los jueces si antes no estamos convencidos nosotros mismos. La experiencia es el conocimiento, la enseñanza que se logra con la práctica, del trato y la vida en general, cuando hablamos de experiencia común no nos estamos refiriendo a la experiencia personal de los jueces, fiscales o abogados, sino a aquellas normas o reglas que se van formando comúnmente en todas las personas por la contemplación de los hechos del mundo exterior producidos por sus semejantes en una sociedad o comunidad determinada, de tal

---

10 Cf. Zardoya Loureda, Rubén. ¿Son conceptos las categorías?. Filosofía y Sociedad, Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 242 y ss.

manera que esa experiencia varía de un lugar a otro y de una época a otra con un modo corriente de apreciarlos dentro de las costumbres generales imperantes en el lugar en el momento dado. La valoración de la esencia de un hecho delictivo y los elementos de pruebas en torno al mismo no están divorciados del momento histórico, el lugar y el contexto en que sucede, las costumbres y formas comunes de ejecución, lo cual no está establecido en ninguna norma jurídica, sino que se obtienen de esas generalizaciones e interrelación entre la ciencia y la vida.

### **3 ARGUMENTACIÓN Y RAZONAMIENTO**

Los fiscales en los informes orales están en la obligación de razonar ante el Tribunal y muchos creen obligatorio seguir un esquema a partir de metodologías e indicaciones que señalan aspectos imprescindibles a abordar, partiendo de los hechos, la valoración de los elementos de prueba, la calificación, la participación, las circunstancias modificativas y eximentes de la responsabilidad penal, la sanción y el argumento político cuando sea necesario, por lo que estructuran el discurso a partir del orden cronológico de este esquema, lo cual no es exactamente acertado y muchas veces pierden la concatenación e interrelación obligada que entre ellos debe existir de modo que, aún abordándolos, el tribunal no se percate de una división artificial, pues si bien en sentido general un informe oral debe contener estos aspectos, los métodos de argumentación jurídica a partir de la idea central a debatir y convencer a los jueces, es por donde se debe trazar la estructura del discurso oral, de modo que si el objeto del debate, lo cuestionado solo ha sido en torno a la sanción, no debemos partir de otros aspectos, no debemos por ejemplo desgastarnos en argumentar la calificación porque no es necesario convencer al Tribunal de lo que resulta obvio, y por tanto los argumentos teóricos tienen que versar sobre la teoría de la sanción, lo cual obligatoriamente nos conduci-

rá a referirnos también de forma interrelacionada a la calificación, la participación y los demás aspectos, incluyendo las valoraciones políticas, si estas últimas resultaran procedentes al caso concreto.

La valoración de la prueba debe constituir la columna vertebral de todo informe oral, porque al decir de Arranz Castellero, ella tiene lugar a través de inferencias que parten de los medios de pruebas practicados en el juicio oral para llegar a conclusiones sobre su veracidad y consiguientemente determinar la responsabilidad penal del acusado y aplicar el derecho. ( CASTILLERO, 2003, p. 219).

De modo que al valorar la prueba, tanto de cargo como de descargo, sobre la base del principio de adquisición o comunidad de la prueba, el fiscal puede entrelazar, argumentar y cubrir cuatro direcciones <sup>11</sup> en su discurso oral, sin necesidad de ceñirse a esquemas, sino únicamente a la identificación del objeto del debate como faro para entrelazarlas:

1-Los elementos típicos objetivos del delito de que se trate (conforme a la dirección causalista: acción, nexo causal, resultado).

2-Los elementos subjetivos exigidos en el tipo penal objeto de imputación, sin que puedan alegarse como óbice las dificultades probatorias que ello entraña, pues su determinación resulta posible a través de la inferencia (presunciones judiciales) que permiten efectuar los datos y circunstancias objetivas recogidas en la causa.

3-Los elementos fácticos y subjetivos correspondientes a las circunstancias agravantes genéricas o específicas y reglas adecuativas (lo cual a su vez nos conduce a argumentar la sanción).

4-Los elementos determinantes de la participación del inculpaado en cuanto a su intervención material en los hechos.

La litigación oral es algo que hacemos todos los días de una u otra forma en nuestra vida diaria, incluso en los juicios orales como argumentación jurídica los cubanos lo venimos haciendo desde

---

<sup>11</sup> Arranz Castellero ob. cit. MITTERMAYER, KARL, *Tratado de la Prueba en materia criminal*, Edit. Hamurabi, Bs. As, 1979, pp 142 y ss, ASENSIO MELLADO, *Ob.cit*, pp. 42 y 58, y, MIRANDA ESTRAMPES, *ob. cit*, pp. 177 y ss.

casi un siglo, pero requiere profesionalidad y conocimientos teóricos que los fiscales necesitan profundizar, pues al decir de Salas Beteta la argumentación jurídica encuentra su fortaleza doctrinal en la filosofía, como actividad humana a través de la cual se puede arribar al conocimiento en un contexto contradictorio. Pero además, la argumentación puede partir de una perspectiva sociológica y que resulta de utilidad para una adecuada convivencia entre los integrantes del grupo humano, lo que se colige si entendemos a la argumentación como una actividad que realizamos de manera cotidiana en nuestras relaciones interpersonales, esto es, el debate (SALAS BETETA, 2010, p.90).

Sin embargo muy pocos fiscales han leído alguna vez algún libro sobre la argumentación jurídica, no forma parte de las materias de estudio en la Universidad y seguro muchos ignoran por completo que exista algo llamado *teoría de la argumentación jurídica*.

La argumentación jurídica consiste en la exposición de un discurso oral por medio del cual se pretende justificar determinada decisión jurídica en un contexto adversarial. (*Ídem*, p. 86).

En el juicio oral tanto el fiscal como el defensor exponen ante los jueces, y sobre todo en el informe oral es necesario un razonamiento jurídico, lo cual no siempre se hace con maestría, elegancia y síntesis, sino que tanto fiscales como abogados suelen disgregarse, apartarse del objeto del debate, agarrar citas y autores célebres por aquí y allá, lo cual en ocasiones resulta fuera de contexto.

La Dra. Mayda Goite Pierre en el mencionado ejercicio de entrenamiento a los fiscales en el juicio oral nos trasmitía contenidos que es preciso conocer, dominar y consolidar en torno a la argumentación jurídica, sobre lo cual partía de la teoría tradicional, siguiendo a Aristóteles y su silogismo, que plantea una Premisa Mayor y una Premisa Menor, de las cuales se deduce la Conclusión, que es a lo que se le denomina silogismo lógico que conocemos como razonamiento o inferencia (*Ídem*, p. 77).

Llevando este esquema al proceso penal (lógica jurídica), como razonamiento deductivo, muy empleado en el campo del Derecho, se discurre de las categorías filosóficas, ya mencionadas, de lo general a lo particular, donde la Premisa Mayor está constituida por la norma jurídica aplicable al caso; la Premisa Menor constituida por el caso concreto; y la Conclusión a que se llega al encajar el hecho concreto en la norma general, a lo que llamamos subsunción, o sea, subordinar el hecho jurídico o acto jurídico a las notas conceptuales del supuesto legal. En esta tarea de subsunción hay que tener clara la representación del hecho en sí mismo, la comprobación que efectivamente hemos realizado y la calificación jurídica que se exhibe a partir de la figura de delito que le corresponda, pues de no ser así podríamos errar en la Conclusión. Este mismo ejercicio lo hará el abogado defensor desde su punto de vista. A su vez razonará también el Tribunal llegando a una conclusión final a partir de la sana crítica, lo cual plasmará en su sentencia.

Además del método tradicional anterior, también resulta útil conocer el método de Stephen Toulmin<sup>12</sup> que surgió en 1958 como un esquema que ofrece una visión general de todos los factores que intervienen o debieran intervenir en un razonamiento. Toulmin tomó como punto de partida la constatación de que uno de nuestros modos de comportamiento lo constituye la práctica de razonar, de dar razones a otros a favor de lo que hacemos, pensamos o decimos, partiendo de que el uso argumentativo supone que las emisiones lingüísticas fracasan o tienen éxito según puedan apoyarse en razones, argumentos o pruebas. Estos factores son la Conclusión, los Datos,

---

12 Salas Beteta, C. J. *Trascendencia de las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal*. Apreciaciones a partir de la vigencia del Código Procesal Penal de 2004. Primera edición octubre 2010. Lima Perú. Ob. cit. p. 82. Cfr. Atienza. *Manuel Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. pp 81 ss. donde abordó el método de Stephen Toulmin expuesto en el libro de este último en 1958 *The Uses of Argument* y a quien se le deben importantes contribuciones en diversos campos de la filosofía, como el de la teoría de la ética (1979), filosofía de la ciencia (1972) y el de la lógica (esta última de interés en torno a la argumentación). Para sus ideas centrales sobre la argumentación utilizará fundamentalmente una obra posterior a *The Uses of Argument* escrita en 1984 con otros dos autores titulada *An Introduction to Reasoning*, la cual tiene un carácter eminentemente didáctico.

las Garantías, los Respaldos, la Modalización y las Refutaciones<sup>13</sup>, por lo que bajo este método la Conclusión es la idea principal que se deriva de hechos y pruebas como consecuencia lógica de los demás, digamos por ejemplo: el acusado Juan fue quien mató a Pedro.

Los Datos son los fundamentos de hecho, o sea el objeto del proceso, que constituyen las circunstancias fácticas que sustentan la Conclusión, y esos datos aportan la forma en que Juan mató a Pedro (cómo ocurrió el delito), circunstancias, los medios, las personas que participaron, todo lo cual debe guardar una relación de coherencia. Datos contradictorios pueden conducir a una conclusión desacertada. Una argumentación jurídica típica serán los hechos que integran el supuesto de hechos de la norma aplicable al caso discutido.

Las Garantías están conformadas por una serie de principios, reglas generales, axiomas de conocimiento general que es el sustento abstracto de la conclusión, su espíritu lógico. Para ello es necesario ese conocimiento, praxis y cultura que ut supra mencionábamos. Las garantías dependen del tipo de argumento de que se trate de manera que podrá consistir en una regla de la experiencia, en una norma o principio jurídico, en una ley de la naturaleza, etc., o sea, son enunciados hipotéticos.

Los Respaldos son los sustentos materiales de los Datos y las Garantías y sirven para demostrar la validez y certeza de las premisas, o sea, se identifican con los medios probatorios que corroborarán el alegato, o sea, los elementos de pruebas para sustentar la Conclusión.

Atienza citando a Toulmin, agrega sobre este esquema tres puntualizaciones: la primera es que todos los elementos de la argumentación están conectados entre sí de forma que entre ellos se da una fuerte dependencia. La segunda es que para que sea posible la argumentación ---y los argumentos adquieran fuerza---

---

13 Cf. Salas Beteta, C. J. Trascendencia de las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal. Apreciaciones a partir de la vigencia del Código Procesal Penal de 2004. Primera edición octubre 2010. Lima Perú. pp. 82 y ss. Atienza. Manuel Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. pp. 81 ss.

es necesario que existan puntos de partida en común. Y en último término el respaldo final de los argumentos es el sentido común, pues todos los seres humanos tienen similares necesidades y viven vidas similares en sentido general, de manera que comparten los fundamentos para usar y comprender métodos similares de razonamiento. Atienza (2005, p. 89).

Pero esto mismo hará el abogado defensor, tratando de romper y desacreditar nuestra argumentación, por lo que el fiscal debe elaborar un argumento propio lo más sólido posible, partiendo de conocer y dominar los puntos de vista de la defensa, ya sea porque esta los planteó en su escrito de respuesta o porque lo exteriorizó durante la práctica de pruebas, y teniendo como base conocer y cubrir los puntos débiles que la acusación tiene en el caso concreto, debemos analizar si nuestra Conclusión está en lo posible, lo probable o lo cierto, y esta es la Modulación, que no es otra cosa que descubrir en cuál de estos niveles del conocimiento se encuentra nuestra Conclusión, por tanto si no estamos seguros de su certeza, hay que seguir argumentando, a partir de la Refutación, que parte de las posibles contradicciones que identifiquemos y aprovechemos para asegurar nuestro razonamiento, hay que anticiparse a las posibles contradicciones que expresará el adversario porque si lo logramos quedará sin argumentos.

La incoherencia entre estos elementos puede conducir a contingencias, que transitan desde retirar la acusación hasta sumarias instrucciones suplementarias, entre otras, como la pérdida del caso para el fiscal con la absolución.

No podemos perder de vista al decir de Salas Beteta, que en la litigación todo argumento es debatible, refutable, cuestionable, porque en el mundo del Derecho todo es relativo. Toda situación es sustentable dependiendo de la posición en que se hallen, por supuesto, dicha posición dependerá, entre muchos factores, de la ética. Atienza (2005, p. 84).

Por tanto, la litigación oral no es sinónimo de batallas campales



con los abogados defensores, sino el ejercicio profesional y ético del conocimiento.

No queremos culminar nuestras reflexiones sin referirnos a la llamada "teoría del caso" (Theory of the case) Blanco Suárez (2005, p.16).

La teoría del caso nos llega a través de la literatura comparada, fundamentalmente de los Estados Unidos traspolada a los países latinoamericanos a partir de la reforma procesal en esa región, donde no era usual concluir los procesos penales en juicios orales porque primaba la escritura, como manifestación del principio inquisitivo, pero para nosotros no es nada nuevo si nos atenemos a su esencia.

La teoría del caso representa la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y estrategias a través de las cuales se diseñan los eslabones argumentativos a ser presentados ante el Tribunal. Corresponde a la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentan como fundamento de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica. Blanco Suárez (2005, p.16).

Para los profesores chilenos Baytelman y Duce, la teoría del caso es siempre un punto de vista, el ángulo desde el cual ver toda la prueba, la posición que ofrecemos al juzgador para que valore la información que el juicio arroja, de manera tal que si la adopta o asume llegará a las conclusiones que le ofrecemos. Se trata de proveer al juez de un punto de vista convincente, pues si no lo hacemos o nos entrapamos en algo ininteligible, nuestro contrario lo hará. Salas Betata (2010, p. 95).

El razonamiento que cada parte efectuará ante el tribunal obliga a que cada una elabore su propia teoría del caso, para lo cual hay que dominar exactamente los hechos, de ahí que el fiscal obligatoriamente debe conocer el resultado de la fase preparatoria del juicio oral y la posición adoptada por la Defensa y definir el objeto del debate, o esa, la esencia a abordar y argumentar, a partir de la cual se estructura su actuación.

Esta teoría refuerza una vez más la obligación que el fiscal tiene de ser activo, sentir el juicio oral, concentrar sus esfuerzos en el debate, construir su teoría del caso, porque cuando el juez tiene que asumir la función del fiscal por insuficiencias de este, simplemente el fiscal no está probando nada. No estamos criticando esa posición del Tribunal a que se ven obligados los jueces en aras del principio de verdad material, pues claro está que ellos no tienen teoría del caso porque son imparciales.

Todos estos métodos y teorías deben estar a tono con la obligación legal impuesta al fiscal por el apartado 1 del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Penal, sobre la obligación de garantizar que se establezca la verdad objetiva, lo cual conlleva que su actuación en la actividad probatoria sea consecuente con ello, de modo que la argumentación jurídica no se puede apartar de esta premisa en aras del principio de legalidad que informa nuestro procedimiento penal.

Al decir de ARRANZ CASTILLERO, en la búsqueda de la verdad en el proceso penal están comprometidas razones de muy diversa índole e importancia, razones de naturaleza axiológica como el propio ideal de justicia de una sociedad hasta razones de carácter empírico y utilitarista como el logro de los fines del Derecho Penal y la misma confianza de las personas en la administración de justicia. Castillero (2003, p. 222).

#### **4 CONCLUSIONES**

La preparación para los juicios orales requiere de sólidos conocimientos básicos, teórico-doctrinales y culturales que en muchos casos descuidan los fiscales tras vicios practicistas.

Es necesario aprender a argumentar jurídicamente, lo cual no es solo discurso con dominio de la oratoria.

Nuestra teoría del caso y los argumentos jurídicos para convencer al Tribunal se estructuran desde la fase preparatoria, se enriquecen

en la fase intermedia y se defienden en el juicio oral.

La ética y el apego a la justicia, la legalidad y la verdad objetiva deben primar como principios en los fiscales para preparar cualquier juicio oral, con independencia de las técnicas utilizadas, pues no siempre es legítimo que el fin justifique los medios.

## **A ATUAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA NO JUÍZO ORAL**

### **RESUMO**

*Este artigo se propõe a abordar algumas das funções do promotor de justiça nos juízos orais. Trata determinadas questões que consideramos insignificantes em sua preparação e implantar pontos de vistas com certa flexibilidade, o qual não significa que sejam totalmente novos, mas a partir da praxis observando desde uma perspectiva renovada. Os promotores tradicionalmente enfrentam o juízo oral segundo a preparação individual que cada um possui e ele se baseou com preferência no conhecimento do sumário ou fase preparatória do juízo oral, considerando que a dominar constitui a suprema chave para o êxito, o qual não está totalmente distante da realidade, mas não suficiente precisa de estratégias e conhecimentos científicos. A etapa do debate no juízo oral transcorre, entre outros trâmites, sobre a base da prática das provas propostas pelas partes e isso supõe que constantemente se produza um reacomodo sucessivo das teses de ambas, porque aparecem novos elementos de provas que substituem outras já existentes e logicamente substituem também o critério anterior dos juízes por outro novo, o qual a sua vez poderá ser substituído por outro mais novo em dependência das circunstâncias da percepção.*

**Palavras-chave:** Juízo oral. Fiscal. Prática das provas.

## **THE PERFORMANCE OF THE PROMOTER OF JUSTICE IN ORAL JUDGMENT**

### **ABSTRACT**

This article proposes to address some of the functions of the prosecutor in oral proceedings. It addresses certain issues that we consider to be insignificant in its preparation and to implement views with some flexibility, which does not mean that they are entirely new, but from praxis looking from a renewed perspective. Prosecutors traditionally confront oral judgment according to individual preparation that each one has and he relied heavily on knowledge of the summary or preparatory phase of the oral judgment, considering that dominance is the supreme key to success, which is not entirely distant of reality, but not enough needs scientific strategies and knowledge. The stage of the debate in the oral proceedings takes place, among other procedures, on the basis of the practice of the evidence proposed by the parties and this supposes that a successive rearrangement of the theses of both parties occurs constantly, because new elements of evidence appear that substitute already existing ones and Logically they also replace the previous criterion of the judges with a new one, which in turn can be replaced by a new one depending on the circumstances of the perception.

**Keywords:** *Oral judgment. Prosecutors. Practice of evidence.*

### **REFERENCIAS**

ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica.** Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

BULTÉ, Julio Fernández. **Teoría del Derecho**. La Habana: Editorial Félix Varela, 2004.

CASTILLERO, Vicente Julio Arranz. **Cuestiones teóricas generales sobre la prueba en el proceso penal cubano**. 2003. Tesis. Facultad de Derecho Universidad de la Habana.

DÁVILA, Zoe Bello; FERNÁNDEZ, Julio César Casales. **Psicología General**. La Habana: Editorial Félix Varela, 2005.

DÖHRING, Erich. **La prueba, su práctica y apreciación**. La Habana: Ediciones MINJUS, 1986.

FISCALIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. CUBA. **Curso sobre Juicio Oral** (CD-ROM). 2008.

FRAMARINO, Nicolás dei Malatesta. **Lógica de las Pruebas en Materia Criminal**. Tomo I. Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia. Madrid: La España Moderna. 1894.

KONSTANTINOV. **Materialismo Dialéctico**. Fundamentos de Filosofía Marxista Leninista. Parte 1. Editorial Ciencias Sociales. La Habana, 1976.

MENDOZA DIAZ, Juan. **Lecciones de derecho procesal penal**. Ed. Universidad Autónoma "Juan Misael Seracho", Bolivia. 2001.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN. CUBA. **Dialéctica Materialista (fragmentos) en Selección de Lecturas de Cultura Política**. Primera Parte. Texto provisional de enseñanza media superior. Editorial Pueblo y Educación. 2005. AA.VV

OCHOA, Ramón de la Cruz. **¿Qué es el juicio oral? Revista Cubana de Derecho**. Nº. 3, 1991, Editada por la Unión Nacional de Juristas de Cuba., 1991.

RIVERO GARCÍA, Danilo- PÉREZ PÉREZ, Pedro. **La celebración del juicio**

**oral seguido contra persona natural.** Libro (CD-ROM). La Habana. (S.A.)

ROXIN, Claus. **El ministerio público en el proceso penal.** Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1993.

SALAS BETETA, C. J. **Trascendencia de las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal.** Apreciaciones a partir de la vigencia del Código Procesal Penal de 2004. Primera edición octubre. Lima: 2010.

SUÁREZ, R. Blanco. **Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal.** Editorial Lexis Nexis. Chile. 2005.

VALDÉS, Martha Prieto. El derecho como ciencia. Conferencia del mismo título y La enseñanza del Derecho Constitucional I y II, ponencias presentadas en Seminarios Internacionales II y III acerca de la Enseñanza del Derecho, La Habana y publicadas en **Revista electrónica mexicana de Derecho**, N°. 14 y 15/2001.

ZARDOYA LOUREDA, Rubén. **¿Son conceptos las categorías?** Filosofía y Sociedad, Tomo I, La Habana: Editorial Félix Varela, 2001.



**VENDA PROIBIDA  
IMPRESSO COM  
RECURSOS PÚBLICOS**



Rua Assunção 1.200 - José Bonifácio, Fortaleza-CE  
CEP: 60.050-011 - Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713  
[www.mpce.mp.br/institucional/esmp](http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp)

*Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do  
Ceará Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério*