

Ano 14 - Nº 2
ago./dez. 2022
Fortaleza-CE

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

Publicação Semestral
ISSN Físico: 2527-0206
ISSN Eletrônico: 2176-7939



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

REVISTA ACADÊMICA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

ANO 14, Nº2 (AGO./DEZ. 2022) SEMESTRAL
FORTALEZA-CE

ISSN FÍSICO: 2527-0206
ISSN ELETRÔNICO: 2176-7939



Tatiana Quirino Crisóstomo Melo - CRB 3 1162

Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – Ano 14, nº 2 (ago./dez. 2022) - Fortaleza: PGJ/ESMP/CEAF/CE, 2022.

Semestral

ISSN 2527-0206 (Físico)

ISSN 2176-7939 (Eletrônico)

Disponível também em versão eletrônica:

<http://revistaacademica.mpce.mp.br/revista>

Resumo em português e inglês ou espanhol 1. Direito - Periódico. I Ministério Público do Estado do Ceará (CE).

CDD 340

Filiada à Associação Brasileira de Editores Científicos - ABEC

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

EXPEDIENTE

Procurador-Geral de Justiça

Manuel Pinheiro Freitas

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público

Eneas Romero de Vasconcelos

Coordenação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Diretoria de Ensino

Neiva Maria de Melo Castro Sidrão

Editor-Chefe

André Luís Tabosa de Oliveira

Conselho Editorial

Alexandre Pinto Moreira

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

André Mauro Azevedo

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

Ednéa Teixeira Magalhães

Emerson Garcia

Eneas Romero de Vasconcelos

Flávia Soares Unneberg

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Luiz Antônio Abrantes Pequeno

Manuel Lima Soares Filho

Manuel Pinheiro Freitas

Mark Vlasic Nicholas Cowdery

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Plácido Barroso Rios

Rasmus Wandall

Sílvio Marques

Vladimir Aras

Vladimir P. Zimin

Corpo de pareceristas

Alessander Wilckson Cabral Sales

Alexandre de Oliveira Alcântara

Alexandre Pinto Moreira

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

André Luís Tabosa de Oliveira

André Machado Maya

André Zech Sylvestre

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Ardyllis Alves Soares

Cláudia dos Santos Costa

Douglas Fischer

Emmanuela Carvalho Cipriano Chaves

Eneas Romero de Vasconcelos

Fabiane Bordignon

Flávia Soares Unneberg

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

Lincoln Simões Fontenele

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

Manuel Lima Soares

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Maria Jacqueline Faustino Alves do Nascimento

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Nestor Alexandre de Souza Júnior

Nicholas Cowdery

Paulo Antonio Locatelli

Plácido Barroso Rios

Roberto Carlos Silva

Rafael Matos de Freitas Moraes

Sheila Cavalcante Pitombeira

Normalização e revisão

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo CRB3 - 1162

Projeto gráfico e diagramação

Everton Viana - CE 01799 DG

Revisão ortográfica em língua portuguesa

Volnei Oliveira Araújo

Técnica Ministerial

Kelviane Sombra Lima

Diretoria Administrativo-Financeira

Lise Alcântara Castelo

Apoio técnico

Richardson Macedo de Carvalho

Periodicidade semestral

Resumo em português, inglês ou espanhol

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

Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713 / www.mpce.mp.br/institucional/esmp

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO _____ 08

ARTIGOS INTERNOS NACIONAIS

A CONSTELAÇÃO FAMILIAR E SUA APLICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

FAMILY CONSTELLATION AND ITS APPLICATION BY THE JUDICIARY IN CONFLICT RESOLUTION

Shellyda Soares de Oliveira

Milena Britto Felizola _____ 11

O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES DAS UNIDADES SOCIOASSISTENCIAIS FACE ÀS REQUISITÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

THE CONFLICT OF ATTRIBUTIONS OF SOCIAL-ASSISTANCE UNITS FACE TO THE REQUIREMENTS OF THE JUSTICE SYSTEM

Francisco Pedro da Silva _____ 33

CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE DO PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE A ABORDAGENS POLICIAIS SELETIVAS E DISCRIMINATÓRIAS

EXTERNAL CONTROL OF POLICE ACTIVITY IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW: AN ANALYSIS OF THE ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE REGARDING SELECTIVE AND DISCRIMINATORY POLICE APPROACHES

José Borges de Moraes Júnior _____ 59

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL (ANPC) COMO UMA FERRAMENTA DE BUSCA DO INTERESSE PÚBLICO: UMA ANÁLISE JURÍDICA À LUZ DO PACOTE ANTICRIME E DA LEI 14.230/2021

ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND THE CIVIL NON-PROSECUTION AGREEMENT (CNPA) AS A PUBLIC INTEREST SEARCH TOOL: A LEGAL ANALYSIS ACCORDING TO THE ANTI-CRIME PACKAGE AND LAW 14.230/2021

Maria Fernanda Santos Sugahara

Mariana Osterne Leite de Moura

Tailândia Teodoro Aguiar

Yeline Lobo de Freitas _____ 81

ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: QUANDO QUEM TEM O DEVER DE CUIDAR NÃO CUIDA

INTRAFAMILIAL SEXUAL ABUSE UNDER THE PERSPECTIVE OF INTEGRAL PROTECTION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: WHEN THOSE WHO HAVE THE DUTY OF CARE DO NOT TAKE CARE

Valdenivea Saraiva Falcão

Milena Britto Felizola _____ 101

ARTIGOS EXTERNOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

POSICIÓN DE GARANTE DEL EMPRESARIO

POSIÇÃO DO GARANTE DO EMPRESÁRIO

Andy Carrión Zenteno _____ 123

SOBRE LOS PROBLEMAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES Y LOS ANCIANOS

SOBRE OS PROBLEMAS DE PROTEÇÃO DAS PESSOAS IDOSAS

Darya Olegovna Sidorenko

Elizaveta Olegovna Sidorenko _____ 133

A PROVA DOS LEGADOS DA DITADURA MILITAR – O RIGOR DA JUSTIÇA FEDERAL A PARTIR DAS PREMISSAS DEMOCRÁTICAS DE FREDERICK SCHAUER

MILITARY DICTATORSHIP PROOF: THE FEDERAL JUSTICE SEVERITY ANALYZED THROUGH FREDERICK SCHAUER DEMOCRATIC PREMISES

Emanuel de Melo Ferreira _____ 145

ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA: O NOVO PARADIGMA PROCESSUAL COMO REFLEXO DA (RE)EVOLUÇÃO SOCIAL BRASILEIRA

ACCESS TO A FAIR LEGAL ORDER: THE NEW PROCESSUAL PARADIGM AS A REFLECTION OF BRAZILIAN SOCIAL (RE)EVOLUTION

Germanne Patricia Nogueira Bezerra Rodrigues Matos

Rodrigo Nogueira Bezerra Rodrigues Matos _____ 165

DIGNIDAD HUMANA, REINCIDENCIA Y RESOCIALIZACIÓN EN COLOMBIA

DIGNIDADE HUMANA, REINCIDÊNCIA E RESSOCIALIZAÇÃO EM COLOMBIA

Juan José Peña Cuervo

Diego Fernando Tarapués Sandino _____ 185

APRESENTAÇÃO

A Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará vem em processo contínuo de crescimento com a estrita observância dos critérios técnicos de avaliação de periódicos com análise objetiva (com blind review) por parte dos membros do Conselho Editorial e do Corpo de Pareceristas, o que se reflete na melhora das avaliações pela CAPES em cada um dos seus ciclos.

Na atual edição, a Revista da ESMPCE tem como editor-chefe o Dr. André Luis Tabosa de Oliveira com suporte da diretora de ensino Neiva Maria de Melo Castro Sidrão, sob coordenação do diretor-geral da Escola, Eneas Romero de Vasconcelos, e com o apoio da coordenadora do CEAF, Luciana de Aquino Vasconcelos Frota.

A Revista Acadêmica da ESMPCE possui periodicidade semestral e na atual edição, Ano 14, n. 2 (ago./dez.) 2022, conta com 10 (dez) artigos, sendo 5 artigos externos e 5 artigos internos.

Os artigos tratam de diversos temas importantes para a sociedade como Direito de Família (A constelação familiar e sua aplicação pelo judiciário na resolução de conflitos). Direito da Infância da Juventude (O conflito de atribuições das unidades socioassistenciais face às requisições do sistema de justiça e Abuso sexual intrafamiliar sob a perspectiva da proteção integral da criança e do adolescente: quando quem tem o dever de cuidar não cuida). Direito Processual Penal (Controle externo da atividade policial no estado democrático de direito: análise do papel do Ministério Público frente a abordagens policiais seletivas e discriminatórias). Improbidade Administrativa (A improbidade administrativa e o acordo de não persecução cível (ANPC) como uma ferramenta de busca do interesse público: uma análise jurídica à luz do pacote anticrime e da lei 14.230/2021).

Os artigos externos são compostos de 2 textos em português e três em espanhol, tratando de temas como direito penal e processo penal (Posición de garante del empresario), direito do idoso (Sobre los problemas de protección de las personas mayores y los ancianos), justiça de transição e direito probatório (A prova dos legados da ditadura militar – o rigor da justiça federal a partir das premissas democráticas de frederick schauer), direito processual (Acesso à ordem jurídica justa: o novo paradigma processual como reflexo da (re)evolução social brasileira) e execução penal (Dignidad humana, reincidencia y resocialización en Colombia).

Last but not least, agradecemos ao novo editor-chefe da Revista, André Tabosa, bem como a todos os diretores da Escola (Manuel Pinheiro Freitas, Flávia Soares Unneberg, Plácido Barroso Rios e Eneas Romero de Vasconcelos, diretor atual), do CEAF (Luciana de Aquino Vasconcelos), diretores de ensino da ESMP (Emmanuela Cipriano, Tarcísio Rocha, Ramon Negócio, Marcela Márjore e Neiva Maria), Corpo de Pareceristas, Conselho Editorial e articulistas, que contribuíram para que a revista crescesse e se internacionalizasse com a publicação de artigos internos e externos, inclusive artigos de autores de 4 (quatro) diferentes continentes. Desejamos uma boa leitura.

Equipe da Revista Acadêmica ESMP/CEAF-CE

A CONSTELAÇÃO FAMILIAR E SUA
APLICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO NA
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

*FAMILY CONSTELLATION AND
ITS APPLICATION BY THE JUDICIARY
IN CONFLICT RESOLUTION*

A CONSTELAÇÃO FAMILIAR E SUA APLICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS¹

FAMILY CONSTELLATION AND ITS APPLICATION BY THE JUDICIARY IN CONFLICT RESOLUTION

Shellyda Soares de Oliveira²

Milena Britto Felizola³

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar como a prática da constelação familiar pode contribuir na restauração dos vínculos e solução de lides na seara do Direito de Família. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo para a realização de pesquisa bibliográfica. Na investigação, foi possível concluir que a aplicação do método em demandas que tramitam no Poder Judiciário tem sido bastante eficaz, pois os resultados demonstram que, a partir da aplicação nas varas, a quantidade de acordos tem aumentado, possibilitando que os envolvidos passem a alcançar a paz sistêmica na constituição de seu núcleo familiar.

Palavras-Chave: conflitos familiares; constelação familiar; direito sistêmico.

1 INTRODUÇÃO

Em muitos aspectos, as lides na seara de família se diferenciam das demais demandas. Uma das peculiaridades dessas espécies de contendas é a dificuldade das partes em celebrar uma transação, por questões que envolvem mágoas provenientes do relacionamento amoroso pretérito. As decepções, o rancor, a inimizade e as frustrações acabam por dificultar a busca pelo consenso na divisão do patrimônio constituído na constância do relacionamento, e afetam a harmonia acerca do exercício do poder familiar em relação aos filhos.

¹ Data de Recebimento: 26/08/2022. Data de Aceite: 17/11/2022.

² Bacharela em Direito pelo Centro Universitário FAMETRO (UNIFAMETRO). Advogada. E-mail: shellyda.oliveira@gmail.com; Orcid: **0000-0003-4151-0413**. Endereço para acessar currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5823993173716169>.

³ Mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Meio Ambiente (PRODEMA) da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC); Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário Jorge Amado (UNIJORGE); Bacharela em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS); Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas e Professora do Centro Universitário FAMETRO (UNIFAMETRO); Advogada e Mediadora; E-mails: mbbritto@hotmail.com e milenafelizola@gmail.com; Orcid: **0000-0002-0035-9502**; Endereço para acessar currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4334062255754321>.

Assim, embora muitas vezes busquem, extrajudicialmente, o auxílio de um terceiro facilitador para solucionar conflitos familiares, dificilmente os envolvidos conseguem chegar a um acordo, o que enseja a necessidade do uso da heterocomposição para a resolução de tais questões. Entretanto, mesmo após a sentença de mérito, os ressentimentos que levaram os familiares a litigar perdura no âmbito familiar, circunstância que afeta, em especial, o desenvolvimento da prole e a sua relação com os pais.

Não obstante, para sanar tais situações, uma abordagem terapêutica denominada 'constelação familiar' passou a ser aplicada nas demandas judiciais. A partir de tal conjuntura, surgem os seguintes questionamentos: em que consiste esse método? Como tal técnica pode auxiliar na resolução dos conflitos familiares judiciais? Quais os benefícios obtidos com a expansão da citada abordagem no Judiciário brasileiro?

Nesse sentido, a presente pesquisa visa responder às inquietações citadas, explorando o que leva a existência de desarmonia no sistema base do indivíduo, e de que modo a constelação familiar sistêmica pode contribuir na dissolução de tais questões. Possui, portanto, como objetivo geral analisar as peculiaridades das contendas na seara de família, e como o Poder Judiciário tem utilizado o método de constelação familiar para auxiliar os envolvidos na solução dos seus conflitos.

No tocante à sistematização das seções do desenvolvimento do presente artigo, no tópico que sucede à introdução, serão feitas considerações acerca dos conflitos familiares. Já na segunda parte será, inicialmente, explanado o surgimento e a teoria que envolve o método. Após, será analisado como ela chegou ao Poder Judiciário, e como tem efetivado benefícios, quando aplicada à dissolução dos conflitos familiares em ações judiciais relativas a divórcio, guarda e pensão alimentícia. Já a título de peroração, são apresentados os aspectos conclusivos extraídos da investigação.

A metodologia desenvolvida utilizou-se do método dedutivo para a realização de pesquisa bibliográfica, construída a partir de investigações de dados em diversas fontes: livros, revistas jurídicas, artigos, leis, reportagens e entrevistas, com o fito de explicitar como o método funciona e sobre a eficácia da sua adaptação ao sistema Judiciário. O conteúdo do artigo será informativo, não possuindo o intuito de delimitar os múltiplos tipos de conflitos familiares existentes, mas o de investigar o quanto a prática terapêutica está contribuindo para a solução de lides desta natureza.

Indubitavelmente, a pesquisa é fortemente embasada nos estudos de Berth Helling (o alemão que criou o método de constelação familiar), bem como nos ensinamentos do juiz de Direito do Estado da Bahia, Sami Storch, que adaptou a prática antes utilizada, apenas, em terapias familiares para que pudesse ser aplicada no âmbito do Judiciário.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONFLITOS NA SEARA DE FAMÍLIA

A família é a base de cada indivíduo e o coração da sociedade. Por esta razão, possui proteção do Estado, conforme preceitua o art. 226 da Constituição Federal de 1988. Entretanto, é natural que neste seio surjam conflitos, inerentes à vida em coletividade, tendo seus entes que enfrentar a sutil arte da convivência.

É bem comum que as frustrações e atribuições cotidianas levem os indivíduos a esquecer o real sentido da família, bem como os laços afetivos que os unem, acabando por levar as lides decorrentes do convívio familiar ao Poder Judiciário. São inúmeros os processos que movimentam as Varas de Família, em especial, aqueles que envolvem três tipos de conflitos, que se tornaram mais comuns nos últimos tempos, que são: divórcio, guarda e alimentos.

Os dados do Registro Civil de 2017 publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostram que a quantidade de divórcios aumentou significativamente nos últimos anos, tendo sido observado um acréscimo na sua taxa geral, que passou de 2,38%, em 2016, para 2,48% no ano seguinte (IBGE, 2017). Em 2021, segundo levantamento feito pelo Colégio Notarial do Brasil (CNB, 2021), a quantidade de divórcios foi a maior desde 2007, tendo atingido a monta de **77 mil**. Segundo especialistas, o alto quantitativo não pode ser imputado, somente, à pandemia de COVID-19, que aumentou o convívio e acirrou os litígios entre casais, mas, também, à crescente popularização da Lei nº 11.441/2007, que possibilitou a realização do procedimento extrajudicialmente e com apenas um advogado para as partes (CNB, 2021).

Em consonância com o sociólogo Zigmunt Bauman (2004, p. 66), o fenômeno dos Amores Líquidos descrito em uma de suas obras identifica que, nos compromissos duradouros, “a líquida razão moderna enxerga opressão; no engajamento permanente, percebe a dependência incapacitante. Essa razão nega direitos aos vínculos e liames, espaciais ou temporais”. O aumento das separações oficializadas é, portanto, um fenômeno social marcado pela “fragilidade dos laços humanos”, que permeia as relações afetivas do tempo histórico contemporâneo, que prefere “mantos leves e condena as caixas de aço” (BAUMAN, 2004, p. 66).

Além disso, ao longo do tempo, o casamento deixou de ser um pacto indissolúvel garantido pela presença divina, tendo-se tornado um contrato livremente consentido entre um homem e uma mulher, repousando-se no amor e que “dura apenas enquanto durar o amor” (ROUDINESCO, 2003, p. 03).

Por certo, alguma dor é inevitável no final de um relacionamento conjugal ou convivencial, em especial naqueles tecidos por longos anos e que envolvem filhos meno-

res. Verônica Cezar-Ferreira (2007, p. 64) pontua que “a família sofrerá mudanças em sua dinâmica relacional e precisará mudar a qualidade de suas relações”. Além disso, destaca que o equilíbrio emocional de seus membros é afetado, ficando os envolvidos fragilizados, o que tende a exacerbar seus impulsos.

O momento do divórcio é marcado pelo rompimento e, na maioria dos casos, os envolvidos nutrem mágoas um do outro. Por esta razão, falar em divisão de bens, guarda e pensão dos filhos, acaba por ser mais delicado, o que acarreta a dificuldade do diálogo e da consensualidade na resolução das questões correlatas ao final do relacionamento amoroso.

De acordo com Lilia Maia de Moraes Sales (2010, p. 56), as lides na seara de família exigem muito cuidado, pois:

Envolvem relações de sentimentos, laços sanguíneos e afetivos que, apesar do momento de conflito, continuam. São relações que, por envolverem sentimentos de amor, ódio, raiva ou afeto, por envolverem filhos e todas as responsabilidades morais advindas da existência de filhos, continuam, perduram no tempo – são relações continuadas.

Segundo estudo apresentado por Judith Peck e Jennifer Manocherian (1995), o divórcio vem em segundo lugar na escala de eventos mais estressantes da vida e requer grandes reajustes, com transições graduais. Em consonância com o que preceitua Judith Viorst (2005), o divórcio pode ser considerado como “morte”, pois o fim de um casamento é sofrido e lamentado com uma intensidade semelhante à situação da perda do cônjuge. A autora sustenta que a dissolução conjugal, por ser opcional, acaba, com frequência, a provocar mais raiva naquele que não tomou a decisão de divorciar-se do que o luto provocado pelo óbito.

Desse modo, muitos desafios precisam ser enfrentados pelos envolvidos em caso de dissolução do núcleo familiar e, até que estes conflitos terminem e a mágoa seja retirada do centro das atenções, pode levar algum tempo. Quando do rompimento da vida em comum, é corriqueiro que às questões correlatas sejam transformadas em uma disputa mobilizada pelo poder e/ou pela vingança. Mesmo com todos os ressentimentos ali existentes, os pais precisam definir como ficará a guarda da prole, além da fixação do montante a ser pago a título de pensão alimentícia. É, nesse momento, que os filhos podem vir a sofrer as consequências de ter sua linhagem dividida.

No que concerne à guarda, alguns pais acabam negligenciando a relação com os filhos por conta da dissolução do casamento ou da união estável. Nesse sentido, é importante lembrar que, “independentemente do que aconteça com eles como casal, jamais

deixarão de ser pais” (MINUCHIN, 1995, p. 156). É importante que os entes da família compreendam que a dissolução da união do casal não é o mesmo que o rompimento do vínculo que existe entre os pais, haja vista que muitos filhos acabam sofrendo com a separação dos ascendentes. Isto pode se tornar uma questão psicológica que venha a afetar diversas áreas em sua vida, e fazer deste dano algo permanente, capaz de perdurar até mesmo na vida adulta.

Após a decisão sobre a guarda, é chegada a hora de decidir quem pagará alimentos e qual será o valor. Se os conflitos familiares e as questões financeiras já são temas, por si só, desafiadores, o momento em que ambos se misturam pode se tornar algo ainda mais delicado. É comum que um dos envolvidos suponha que o outro vai aproveitar-se do ambiente de crise para beneficiar-se financeiramente, ou não saberá administrar o montante percebido de acordo com as necessidades do filho, conforme relata Cristiane Bottoli (2010, p. 107):

Quando os pais falam sobre a pensão, vem à tona o pagamento, com diferentes significados: os benefícios diretos que o filho terá com o valor pago, a preocupação com a forma como o dinheiro é utilizado e também, o fato de que talvez a mãe queira ficar com a guarda do filho para ter direito a pensão e assim beneficiar-se disso.

A interferência judicial nessas questões tende a ocasionar uma maior dificuldade na composição de um conflito familiar. Como assinala Simone Silveira (2005, p. 180), a intervenção judicial nas lides desta natureza “retira ou sonega das pessoas as possibilidades de enfrentamento das adversidades próprias da convivência familiar, além de gerar um sentimento de perda e um afastamento da relação anterior ao conflito”. A mencionada autora continua:

A par do sentimento de ruptura, de vazio que se estabelece então, surge a convicção de que somente uma determinação judicial poderá pôr fim ao conflito. Desta maneira, cessa o diálogo e a busca própria por alternativas de resolução do conflito, que é substituída pela busca de provas a convencer o Juízo da pertinência das próprias e parciais alegações. (SILVEIRA, 2005, p. 180).

Além das próprias regras processuais engessarem a relação jurídica, quando delimitam a abrangência da discussão judicial ao quanto alegado na inicial e na contestação, a doutrinadora referida ressalta que: “A lógica determinista binária do ganhar perder é

que parece nortear os conflitos judiciais”. Isso porque, há sempre “um vencedor e um vencido, uma pretensão deferida e outra indeferida, um julgamento de procedência ou improcedência” (SILVEIRA, 2005, p. 180). Por esse motivo, “As partes tendem a bloquear a energia uma da outra, cada um defendendo sua posição de maneira irredutível” (SILVEIRA, 2005, p. 180).

Assim, as peculiaridades dessa espécie de conflito exigem meios de solução adequados que permitam, em especial, a manutenção dos vínculos entre os envolvidos. Desse modo, torna-se imprescindível a observância de alguns fatores, importantes para a implementação de transformações na entidade familiar, como nas discussões que envolvem divórcio, guarda e alimentos.

A compreensão positiva dos problemas é um importante fator a ser observado, como aponta a professora Lilia Sales (2010, p. 56):

O meio adequado para a solução de conflitos familiares deve passar, inicialmente, pela compreensão positiva dos problemas, visto que, nesses casos, é necessária a manutenção dos vínculos. Registra-se que, não só nas questões familiares, mas em qualquer situação, os conflitos devem ser compreendidos como temporários e naturais, já que o ser humano necessita do contraditório, da contraposição para haver progresso.

Além disso, para a solução de litígios familiares faz-se necessária a possibilidade de diálogo e de escuta, ou seja, que haja tempo para escutar e tempo para falar. Nesse sentido “É imprescindível o respeito mútuo, o que muitas vezes, teoricamente, seria impraticável, tendo em vista, em alguns casos, a existência de mágoas profundas e amores mal resolvidos, traições etc.” (SALES, 2010, p. 56).

Ademais, é necessário o estímulo à solidariedade, à compreensão, à paciência de cada uma das partes “no sentido de um ganho mútuo, de uma vitória conjunta, com a clara percepção dos interesses em comum e não somente das diferenças” (SALES, 2010, p. 56).

Como explanado, os litígios na seara de Direito de Família, com frequência, desestruturam a harmonia e causam severas sequelas nos seus membros, pois o amor e o respeito, que deveriam existir, acabam sendo esquecidos ou transformados em rancor, animosidade e mágoa. Desse modo, a jurisdição pode contar com o auxílio de outras áreas e técnicas para melhor gerir os conflitos a que é instada a pacificar.

3 A CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A constelação familiar é uma espécie de terapia que possui a finalidade de compreender os conflitos do sistema familiar de forma mais profunda, para que seja possível realizar os desbloqueios sentimentais e amorosos. Na metodologia, são encontrados numerosos componentes sistêmicos e de dinâmicas de grupo (STIEFEL; HARRIS; ZOLLMANN, 2013). O método foi criado pelo alemão Bert Hellinger que, após anos vivendo como missionário na África do Sul, aplicou os conhecimentos obtidos em questões familiares, até chegar à terapia familiar (2010, p. 03).

São três leis que regem as relações familiares, denominadas por Bert como as ‘Ordens do Amor’: o pertencimento, o equilíbrio e a ordem. A Lei do Pertencimento refere-se à necessidade que cada um tem de pertencer a uma família. Já a Lei do Equilíbrio diz respeito a emanar o que recebe, onde cada pessoa repassa para o mundo aquilo que recebe de sua família, que é uma herança passada de geração em geração. Por fim, a Lei da Ordem, trata sobre a hierarquia das pessoas e das relações que devem ser respeitadas: quem nasceu primeiro, se posiciona primeiro, ou quem veio primeiro, deve ser colocado em primeiro lugar. Portanto, a hierarquia que cada ente ocupa na família deve ser tomada com respeito. Quando isso não ocorre, a lei é violada, causando transtorno às gerações futuras. Sobre o tema, o próprio Bert (2008, p. 99) ensina:

Além de sermos filhos, parceiros e talvez pais, partilhamos um destino comum com relacionamentos mais distantes – o que quer que aconteça, a um membro do nosso grupo familiar para o bem ou para o mal, nos afeta, e afeta também os outros. Junto com nossa família, formamos uma associação cujo destino é comum.

Os estudos feitos por Bert indicam que a família do indivíduo é sua sina e, por isso, uma pessoa tende a herdar muito mais do que os traços genéticos dos seus ascendentes. Sustenta que cada um faz parte de um sistema familiar e os acontecimentos neste âmbito, até a chegada de alguém ao mundo, influenciam em sua vida (antes mesmo do seu nascimento), e são questões que estão no subconsciente humano. Como exemplo, pode ser citada a situação de um casal, que vive em paz, cria sua família com o amor regendo o lar e tem uma relação leal e respeitosa. A tendência é que os filhos venham a construir relações parecidas.

Não obstante, o oposto causa desordem no sistema. Há várias formas desses desequilíbrios se desenvolverem, tornando-se uma questão psicológica que precisa ser tratada.

É o caso do relacionamento difícil dos avós/pais, ou crianças que morreram cedo na família, gestações que não prosperaram, suicídios, brigas por herança etc. Quando tais distúrbios ficam mal resolvidos, geram transtornos para os descendentes. Acerca do tema, Bert Hellinger (2010, p. 45) traz um exemplo bastante elucidativo:

Se numa família havia um homossexual que tinha sido desprezado e excluído e ele recebe de volta o seu lugar de direito, todos se sentem aliviados. Se ele permanece excluído, será mais tarde imitado por outro membro do sistema, sem que se dê conta. Essa ordem atua independentemente de ser conhecida por nós.

Da mesma forma, as relações positivas influenciam, de forma efetiva, na vida da pessoa. Tudo é um ciclo que faz com que as próximas gerações venham a ter questões similares. Então, quando a pessoa possui conflitos presentes na vida em razão desta sina, a constelação familiar trabalha para tentar realizar o desbloqueio amoroso, trazendo prosperidade. Nesse sentido, explica Bert (2010, p. 45):

Quando a ordem é restaurada, isso gera um sentimento de alívio, de paz, de possibilidades de fazer algo em conjunto. Esse é o significado da frase simples: “Tudo ficará em ordem”. Repentinamente tem-se uma sensação de alívio. Essas ordens são descobertas, não impostas. Eu as encontro através das constelações familiares.

A mencionada terapia funciona, portanto, de modo a tratar transtornos causados e pode ser feita individualmente ou em grupo. Funciona com a montagem de uma árvore genealógica, de maneira representativa, seja com a própria pessoa, ou bonecos para que o participante possa olhar para o passado e sentir gratidão pelos seus pais e antepassados. A metodologia pode ser sintetizada no trecho abaixo reproduzido:

O cliente posiciona todos os escolhidos para representar as pessoas importantes, segundo o terapeuta, e senta-se, para observar a movimentação que se segue. A representação é parte do fenômeno que ocorre neste tipo de trabalho, onde o terapeuta e os participantes disponibilizam suas percepções para “ver” o que acontece na dinâmica do sistema do cliente. Este “ver” dá-se de diversos modos: as pessoas têm sensações físicas como tremores, arrepios, dores, calor, frio, suores; sentimentos diversos como alegria, raiva, tristeza, desconfiança, entre tantos outros. E há, na maioria das vezes, o reconhecimento pelo cliente do comportamento, dos sentimentos, do

modo como a pessoa representada é ou foi na realidade, por vezes com a detecção de sintomas físicos, mesmo não tendo o cliente dado nenhuma informação sobre o que ocorre em seu sistema e sobre as pessoas representadas. (BRAGA, 2009).

Sobre tal fenômeno, Jacob Scneider (2007, p. 10) destaca que, quando se colocam em cena estranhos para representar os envolvidos e seus familiares em suas relações recíprocas, eles se enxergam na situação, pois “vivenciam sentimentos e usam palavras semelhantes às deles e, eventualmente, até mesmo reproduzem os seus sintomas”. Com isso, vislumbra-se uma solução no que é retratado, de modo que o constelado é capaz de refletir sobre os seus conflitos ali trabalhados.

Após essas sessões, acontece o desbloqueio amoroso e a pessoa consegue se libertar da sua sina. Com isso, é possível o indivíduo encontrar a paz, e conseguir se emancipar dos conflitos trazidos por seus antepassados para, enfim, curar a si e resolver diversas questões psicológicas que venham afetando sua vida e até as futuras gerações.

3.1 Aplicação de constelação familiar na dissolução de conflitos familiares judiciais

Quando uma questão familiar é levada ao Poder Judiciário e não há transação, o magistrado é quem necessita solucionar o conflito por meio de uma sentença judicial. Entretanto, quando uma lide familiar é resolvida por um terceiro (juiz), aquela questão permanece como uma mágoa dentro da família. Sobre o tema, é importante destacar as reflexões abaixo apresentadas:

Apresenta-se muito maior a dificuldade na composição de um conflito após a interferência judicial. A partir do momento em que existe uma determinação judicialmente estabelecida, as pessoas passam a se comportar como se a vida não mais lhe pertencesse, como se, efetivamente, somente um terceiro pudesse tomar as rédeas do conflito e solucioná-lo. Parece-nos, na verdade, que a interferência judicial nos conflitos de família, retira ou sonega das pessoas as possibilidades de enfrentamento das adversidades próprias da convivência familiar, além de gerar um sentimento de perda e um afastamento da relação anterior ao conflito. (SILVEIRA, 2005, p. 180).

Nesse contexto é que surge a perspectiva de que a técnica de constelação familiar auxilia – tanto as partes quanto o facilitador ou o magistrado – a entender melhor o

conflito, sem julgamentos. Sobre isso, Hellinger e Hover (2006) esclarecem que, em consonância com a tradicional psicoterapia, compreender os problemas, não significa resolvê-los. Não obstante, como consequência, as constelações buscam a pacificação para que os litigantes consigam chegar a um consenso e a consequente ordem.

A aplicação de formas autocompositivas de resolução de controvérsias se coaduna, inclusive, com o quanto regulado no Código de Processo Civil vigente, que dispõe, em seu art. 3º, §2º, que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Além disso, a Resolução nº. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça também objetivou o estímulo da dissolução dos dissídios por meio da autocomposição, com a busca de recursos adequados para isto, sendo essa uma tendência crescente na contemporaneidade. Ademais, a atual norma de ritos cíveis traz um capítulo inteiro que versa sobre as ações de família e, conforme preceitua o art. 694, reafirma que todos os esforços serão empreendidos para solução consensual. Desse modo, é possível se extrair a interpretação de que o juiz não deve medir esforços para buscar a autocomposição dos conflitos na seara de família.

Como mencionado, o precursor da aplicação da constelação familiar no âmbito jurídico foi Sami Storch, que conheceu o instrumento por experiência pessoal (FARIELLO, 2018). No exercício de sua profissão como magistrado percebeu que, de fato, quando as leis desenvolvidas por Bert eram violadas causavam desordem nas relações familiares. É o que relata em entrevista concedida à TV Justiça, sobre a aplicação da constelação familiar no Poder Judiciário, no bojo do Congresso Nacional de Justiça:

Eu já advogava e percebia como isso pode potencializar a atividade do advogado ou de qualquer pessoa que queira ajudar a resolver os conflitos, porque são leis que dão a visão muito mais abrangente, muito mais clara, do que está por trás daquilo que a gente ver nos autos, que é a pontinha do ice berg... é algo transformador para a própria vida, reflete nas nossas relações familiares, só de assistir uma constelação, a gente volta pra casa e passa a olhar pras pessoas de uma nova forma e lidar com todos nossos relacionamentos e profissão. Comecei a formação e treinamentos um depois do outro, algo contínuo, então quando ingressei na magistratura, foi algo natural eu utilizar esta nova visão, e usar frases e observar as desordens e ordens em ação e ver os resultados no processo, nas conciliações, e tomar decisões que geram mais harmonia e mais aceitação. (STORCH, 2018).

Por essa razão, sutilmente, começou a fazer a transposição da técnica para seus processos judiciais. Motivado pelo intuito de facilitar as autocomposições na seara familiar, percebeu que a prática funcionava na resolução de conflitos, por razões que estão ocultas no subconsciente. Assim, introduziu o uso da metodologia no Judiciário, tendo a nomeado de Direito Sistêmico, já que a atuação dos operadores do Direito iria além da meramente processualista, aplicando-se as Leis Sistêmicas às lides.

Ao tentar realizar as autocomposições em litígios, que envolvem membros de uma mesma família, é possível notar que – quando os integrantes desta se socorrem do Judiciário para solucioná-las – já existem questões subconscientes que as fizeram chegar até aquele ponto. No momento em que isto ocorre, estão buscando um reconhecimento e entendimento que, sem auxílio, talvez não fosse possível alcançar. Sami Storch, em sua página na internet dedicada ao Direito Sistêmico, faz interessantes relatos sobre o assunto:

Numa ação de divórcio, a solução jurídica relativa aos filhos menores pode ser simplesmente definir qual dos pais ficará com a guarda, como será o regime de visitas e qual será o valor da pensão. É o que usualmente se faz. Mas de nada adiantará uma decisão judicial imposta se os pais continuarem se atacando. Independentemente do valor da pensão ou de quem será o guardião, os filhos crescerão como se eles mesmos fossem os alvos dos ataques de ambos os pais. Uma ofensa do pai contra a mãe, ou da mãe contra o pai, são sentidas pelos filhos como se eles mesmos fossem alvo dos ataques de ambos os pais. (STORCH, 2016).

O objetivo da constelação familiar, no Direito, é permitir que as partes se conectem com seu subconsciente, para promover o desbloqueio emocional, fazendo com que, tanto o aplicador do Direito Sistêmico quanto as partes, tenham uma visão mais ampla do caso, que transcende o que consta apenas nos autos. Isto faz com que os litigantes entendam seu lugar no sistema e, com isso, possam alcançar a paz, percebendo o conflito sobre outro ponto de vista. Ademais, a técnica permite que a parte coloque-se no lugar do outro, abrindo-se de coração e, dessa forma, torna-se possível a autocomposição consigo mesmo e, na sequência, com o próximo. Neste sentido, as constelações e o olhar sistêmico auxiliam nas soluções dos conflitos familiares de maneira não adversarial, de uma forma terapêutica e curativa. Promovem, portanto, a visão e compreensão do todo, favorecem a retomada do diálogo, acordos e até mesmo a reconciliação (MARQUES; BRAGA; MOURA, 2017, p. 119).

Cumprir destacar que a prática aplicada no Judiciário é um pouco distinta da utilizada por psicoterapeutas. No campo do Direito, as partes não são expostas ao tratamento terapêutico, até porque, em sessões rápidas, já é possível identificar este trauma e trabalhá-lo, mesmo que de forma mais superficial. Conforme explica André Luiz Braherme (2018, p. 26):

Assim, são escolhidas as pessoas que irão representar as partes, que deverão atuar conforme as características descritas para aquela pessoa. Durante essa dinâmica, espera-se que seja identificada a fonte do problema, o trauma que originou o conflito, permitindo que as partes possam senti-lo e observá-lo sob outro ângulo, sob a ótica do outro membro do grupo familiar, e assim, por meio da experimentação e do diálogo as partes se conciliam.

Em geral, no início do procedimento, as partes são convidadas a uma meditação e, na sequência, ocorre a montagem da ordem sistêmica. A participação na técnica é facultativa para as partes, e pode ser aplicada em uma sessão no próprio órgão Judiciário, de maneira individual e sigilosa, ou até mesmo coletiva. Ocorrerá, portanto, a simulação da árvore genealógica com as pessoas voluntárias presentes, representando os entes da família ou com objetos que vão simbolizando cada uma delas. O procedimento pode ocorrer, também, durante a audiência, de forma que o magistrado vá conduzindo a conversa, e fazendo com que as partes reflitam sobre a importância de cada um na família, e desenvolvam empatia pelo outro ente familiar. Neste momento, é possível identificar que a grande parte das questões perpassa o fato de a pessoa não ter seu lugar definido na família. É exatamente por isso que as constelações têm “servido de prática auxiliar no trabalho com a Justiça Restaurativa, ajudando a preparar as partes e a comunidade envolvidas para que possam dar um encaminhamento adequado à questão” (STORCH, 2018).

É possível extrair dos diversos relatos do juiz baiano que a justiça e as partes ganham muito com o Direito Sistêmico. Isso porque, ao promover a técnica, os litigantes ficam mais propensos a chegar ao acordo, o que é benéfico para todos os envolvidos na questão, haja vista que, além de reduzir o grande número de processos, evita a sobrecarga dos operadores do Direito. A constelação traz, em especial, grandes benefícios às partes, pois promove a humanização e, posteriormente, a dissolução do conflito, de modo que estes retornam para suas casas com a ordem restabelecida no seio familiar.

3.2 A expansão do direito sistêmico no Brasil

O método alemão de constelação familiar chegou ao Brasil na década de 80. Apenas em 2012, chegou ao Judiciário brasileiro, momento em que alçou maior notoriedade, tendo passado a ser aplicada pelo juiz Sami Storch na 2ª Vara de Família da Comarca de Itabuna, na Bahia. Segundo indicam os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (FARIELLO, 2018), foi verificado que, quando a técnica terapêutica alemã foi utilizada, excelentes resultados foram alcançados. O percentual de conciliação chegou a 91% nos casos em que, pelo menos, uma das partes aceitou constelar, sendo o índice nos demais de 73%.

Quando se tornou público o sucesso do método na Bahia, devido a sua eficácia, a técnica ganhou prêmios e despertou o interesse dos Judiciários de vários Estados brasileiros em aplicá-la, havendo uma expansão significativa na utilização da prática terapêutica. Ainda de acordo com os dados disponibilizados em publicação promovida pelo Conselho Nacional de Justiça (FARIELLO, 2018), o método já é utilizado em 16 Estados da federação e no Distrito Federal.

No Nordeste, oito Tribunais de Justiça já empregam Direito Sistêmico. No Ceará, as Constelações Familiares são utilizadas na Vara Única de Execução de penas e Medidas Alternativas, sendo desenvolvidas por programa denominado “Olhares e Fazeres Sistêmicos no Judiciário”, implantado, em 2017, por Maria das Graças de Almeida (VALL & BELCHIOR, 2019, p. 197). Em consonância com levantamento realizado pelo CNJ (2018, p. 02), os temas mais comuns nas constelações são: dificuldades de relacionamento, mortes na família, separações, tragédias, doenças, problemas financeiros, heranças, traumas e vícios.

Vale frisar que não há uma formação específica para atuar como constelador. Os profissionais vão-se especializando por meio de cursos e muitas informações acerca do tema. A pessoa capacitada para atuar nos órgãos judiciários aplicando a técnica é, em geral, o magistrado ou psicólogos (FARIELLO, 2018), mas em algumas comarcas há mediadores capacitados para a utilização da metodologia. Além disso, advogados também costumam aplicar o método na mediação de conflitos, até mesmo, quando são procurados por seus clientes, em seus escritórios. De acordo com Sami Storch:

A aplicação do Direito Sistêmico para e pelos profissionais do direito e de áreas correlatas, que prestam auxílio às pessoas na resolução de conflitos de interesse e relacionamento, pode dar-se de diversas formas. Trata-se de uma ciência dos relacionamentos, válida para relações humanas, organizacionais e relações jurídicas em geral,

uma vez que toda relação constitui um sistema ou se constitui dentro de um. (STORCH, 2017).

Com isso, muitos magistrados, advogados, promotores, defensores públicos e operadores do Direito estão buscando meios de obter conhecimento acerca do tema. Sami Storch, além exercer as atividades de juiz e professor, viaja o Brasil ministrando palestras sobre o tema, como o próprio magistrado relata:

Desde 2006, venho ministrando palestras e workshops de constelações familiares e obtendo altos índices de conciliações com a utilização dos princípios e técnicas das constelações sistêmicas para a resolução de conflitos na Justiça. Meu foco é a aplicação prática, no exercício das atividades judicantes, dos conhecimentos e técnicas das constelações familiares. O objetivo é utilizar a força do cargo de juiz para auxiliar na busca de soluções que não apenas terminem o processo judicial, mas que realmente resolvam os conflitos, trazendo paz ao sistema. (STORCH, 2019).

Ademais, o mencionado juiz (STORCH, 2017) também comprova a efetividade da técnica, pois realizou pesquisas após as audiências de conciliação, em que o método fora utilizado. Como exemplos, podem ser citados os seguintes dados abaixo pontuados:

59% entenderam que a vivência contribuiu ou facilitou na obtenção do acordo alcançado durante a audiência.

77% disseram que a vivência ajudou a melhorar o diálogo entre os pais quanto à guarda, visitas, dinheiro e outras decisões em relação ao filho das partes.

71% avaliaram ter havido, após a vivência, melhora no relacionamento com o pai/mãe de seu(s) filho(s).

94,5% relataram melhora no seu relacionamento com o filho.

55% afirmaram que, após as constelações, se sentiram mais calmos para tratar do assunto; 45% indicaram que as mágoas diminuíram; 33% apontaram que o diálogo ficou mais fácil; 36% manifestaram que passaram a respeitar mais o outro, compreendendo suas dificuldades; e 24% contaram um aumento do respeito.

Ademais, na comarca de Parobé (situada no Rio Grande do Sul), as sessões de constelações são aplicadas aos episódios de violência doméstica e familiar contra a mulher. Desde 2016, quando a técnica começou a ser implementada, houve uma redução de

94% da reincidência de agressões entre homens e mulheres (GONÇALVES, 2020). O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também apresentou resultados exitosos. Numa contagem provisória, o acordo foi alcançado em 86% dos casos, sendo que antes da constelação familiar começar a ser aplicada, o percentual atingia a média de 50% a 60% (CNJ, 2018).

O uso das constelações em Varas Cíveis, de Família, Órfãos e Sucessões também ocorreu no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por meio do Projeto Constelar e Conciliar. 71% das pessoas convidadas compareceram ao evento. Após a realização das audiências dos processos, constatou-se uma média de acordos de 61%. Já nos casos em que ambas as partes fizeram-se presentes na constelação, a média de acordos chegou a 76% (CNJ, 2017).

Com isso, é possível extrair que, de fato, o método desenvolvido pelo alemão Berth Hellinger, e adaptado ao Judiciário pelo juiz Sami Storch, é realmente eficaz e um grande auxílio para solucionar demandas judicializadas na seara de família. O fato de a ideia ser tão bem abraçada pelas famílias, que aceitaram participar da constelação, e expandida por diversos estados brasileiros, só reafirmam a funcionalidade da técnica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as pesquisas realizadas percebe-se que a existência dos conflitos no seio da família parte da desordem e desequilíbrio do sistema familiar. Após análise dos estudos feitos por Berth Hellinger, foi possível extrair que a ordem no âmbito familiar é estabelecida por meio do respeito às Leis que regem as relações familiares que são: Pertencimento, Equilíbrio e Ordem do sistema familiar, denominadas como as ‘Ordens do Amor’. Conclui-se que, quando as mencionadas Leis são respeitadas, o sistema entra em controle. Com isso, as pessoas da mesma linhagem conseguem solucionar conflitos com maior facilidade, de modo a prevalecer o amor. Por conseguinte, são capazes de entender o ponto de vista do outro, atingindo a consensualidade e harmonia.

A partir deste pressuposto, o juiz Sami Storch, valendo-se, sabidamente, da técnica disponível, introduziu-a no Poder Judiciário, adaptando a realidade sociofamiliar ao procedimento forense e vice-versa, estimulando e auxiliando, ainda mais, a autocomposição, que já vem sendo praticada pelos tribunais brasileiros. Nesse sentido, cumpre recordar o quanto preceitua o Código de Processo Civil vigente, no sentido de que a solução consensual dos conflitos deve ser promovida (art. 3º, § 2º) e estimulada pelos atores do processo (art. 3º, § 3º).

Como visto pelas pesquisas realizadas, os benefícios da aplicação do método às contendas familiares são muitos. Isso porque, entendendo a origem do conflito, indivíduos

conseguem resolver a questão de forma mais ampla, não apenas no âmbito judicial, mas, também, dentro da própria família.

É muito comum que, no momento da dissolução do vínculo familiar pelo divórcio, os pais se deixem levar pelas mágoas e tristezas existentes até aquele momento. Nesse sentido, mostra-se bastante importante a prática da constelação sistêmica, tendo em vista que os cônjuges/genitores desprendem-se dos ressentimentos e deixam o amor e o respeito prevalecer, o que ajuda na compreensão do que é melhor e mais benéfico para o filho, quando necessitam decidir acerca da guarda e alimentos a serem pagos em favor dos descendentes.

Ademais, na presente pesquisa foi possível extrair das análises realizadas que a técnica aplicada aos processos judiciais vem trazendo benesses para o próprio sistema Judiciário. Isso porque, ao auxiliar e estimular a autocomposição dos conflitos, é possível chegar a um maior número de acordos realizados, reduzindo a grande carga de ações, o que confere maior celeridade aos processos. Além disso, o uso da técnica terapêutica fortalece a relação entre os membros, prevenindo que novas demandas familiares sejam instauradas.

ABSTRACT

FAMILY CONSTELLATION AND ITS APPLICATION BY THE JUDICIARY IN CONFLICT RESOLUTION

This paper aims to analyze how the practice of family constellation can contribute to the restoration of connections and resolution of disputes in Family Law. To do so, the deductive method was used to carry out bibliographical research. In the investigation, it was possible to conclude that the application of the method in lawsuits in the Judiciary has been very effective, because the results show that, from the application in the courts, the number of agreements has increased, allowing those involved to achieve systemic peace in the constitution of their family nucleus.

Keywords: family conflicts; family constellation; systemic law.

REFERÊNCIAS

ADLER, Alfred. Position in family constellation influences life-style. *In: Readings in the Theory of Individual Psychology*. Routledge, 2007, p. 323-340.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

SILVEIRA, Simone Biazzi Ávila Bastista da. Considerações sobre os conflitos familiares e a medida como proposta, 2005. **Juris**, Rio Grande, 11: 179-184. Edição comemorativa, 45 anos. Direito/FURG. Disponível em: <http://www.repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5321/Considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20conflitos%20familiares%20e%20a%20media%C3%A7%C3%A3o%20como%20proposta.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 out. 2019.

BOTTOLI, Cristiane. **Paternidade e separação conjugal**: a perspectiva do pai. 2010. 141p. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/10294/BOTTOLI%2C%20CRISTIANE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 ago. 2020.

BRAGA, Ana Lucia de Abreu. Psicopedagogia e constelação familiar sistêmica: um estudo de caso. **Revista de Psicopedagogia**, São Paulo, v. 26, n. 80, p. 274-285 2009. Disponível em: <http://www.revistapsicopedagogia.com.br/detalhes/255/psicopedagogia-e-constelacao-familiar-sistemica--um-estudo-de-caso>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL, **Código Civil**. Lei nº 10.406/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL, **Código de Processo Civil**, Lei nº 13.105/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 11 out. 2020.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação**: uma visão psicojurídica. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

CNB, 2021. **Cartórios registram números recordes de divórcios e inventários**. Disponível em: <https://www.notariado.org.br/valor-economico-destaca-recorde-de-divorcios-e-inventarios/>. Acesso em: 03 jan. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico/CNJ**, Brasília/DF, **01 de dezembro de 2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 13 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Constelação Familiar**: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86434-constelacao-familiar-nofirmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Constelação familiar é aplicada a 300 ca-**

sos no Rio. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84551-cons-telacao-familiar-e-aplicada-a-300-casos-no-rio>. Acesso em: 19 nov. 2019.

MARQUES, Jacyara Farias Souza; BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot; MOURA, Francivaldo Gomes. **Formas Consensuais de Solução de Conflitos**. Braga/Portugal: CONPEDI, 2017. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz/kmsv328e/3e3d6pbLPo20ff41.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

FARIELLO, Luiza. **Conselho Nacional de Justiça: Constelação familiar: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF**. Agência CNJ de Notícias, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df/>. Acesso em: 17 set. 2019.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. **Um lugar para os excluídos: conversas sobre os caminhos de uma vida**. Patos de Minas: Atman, 2006.

HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor**. São Paulo: Cultrix, 2010.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. **Constelações Familiares: o Reconhecimento das Ordens do Amor**. São Paulo: Cultrix, 2010.

HELLINGER, Bert; WEBER Gunthard; BEAUMONT Hunter. **A Simetria Oculta do Amor: porque o amor faz os relacionamentos darem certo**. São Paulo: Cultrix, 2008.

IBDFAM. **Constelação pacífica conflitos de família no Judiciário**, 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16382/Constela%C3%A7%C3%A3o+pacifica+conflitos+de+fam%C3%ADlia+no+Judici%C3%A1rio>. Acesso em: 19 set. 2019.

IBGE, **Estatísticas do Registro Civil**, 2017. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

GONÇALVES, Paula Regina de Oliveira. O direito sistêmico no combate a novos episódios de violência doméstica e familiar contra a mulher. **Revista de Doutrina Jurídica**, Brasília, DF, v. 111, n. 1, 2020. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/479>. Acesso em: 18 ago. 2021.

LOPES, Marcelo Leandro Pereira; COSTA, Viviane Moura da. Constelação Sistêmica Familiar voltada ao Poder Judiciário, na técnica de Mediação Judicial dos processos de família. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, 13 (3), p.1190–1204. Disponível em: <https://doi.org/10.5902/1981369429591>. Acesso em: 14 nov. 2022.

LUIZ BRAHERME, André. **A aplicação da teoria das Constelações Sistêmicas como método de solução de conflitos pelo Judiciário brasileiro**, 2018. Universidade Federal Fluminense. Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé – Departamento de Direito de Macaé.

MAIA DE MORAIS SALES, Lilia. **A família e os conflitos familiares: a mediação como**

alternativa, 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277794186_A_FAMILIA_E_OS_CONFLITOS_FAMILIARES_-_A_MEDIACAO_COMO_ALTERNATIVA_DoI_1050202317-21502003v08n1p55. Acesso em: 07 nov. 2019.

MINUCHIN, Salvador. **A cura da família**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria F. Gugelmin. **Direito Sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. Santa Catarina: Manuscritos Editora, 2017.

OTONI, Luciana; FARIELLO, Luiza. **Constelação pacífica conflitos de família no Judiciário**. Agência CNJ de Notícias, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-pacifica-conflitos-de-familia-no-judiciario/>. Acesso em: 17 set. 2019.

PECK, Judith; MANOCHERIAN, Jennifer. O Divórcio nas Mudanças do Ciclo de Vida Familiar. In: CARTER, Betty; McGOLDRICK, Mônica. **As Mudanças no Ciclo de Vida Familiar: Uma Estrutura para a Terapia Familiar**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

PRITZKER, Sonya E.; DUNCAN, Whitney L. Technologies of the Social: Family Constellation Therapy and the Remodeling of Relational Selfhood in China and Mexico. **Cult Med Psychiatry** **43**, 468–495. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11013-019-09632-x>. Acesso em: 14 nov.2022.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; REIS, Luísa Marques. A constelação familiar na (re)estruturação dos vínculos afetivos. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em: <https://civilistica.com/a-constelacao-familiar/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2003.

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico**, 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/author/direitosistemico/>. Acesso em: 19 set. 2019.

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das Constelações Familiares, 2017**. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em: 14 out. 2019.

STORCH, Sami. Por que Aprender Direito Sistêmico? **Direito Sistêmico (blog)**, Itabuna, 10 abr. 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/04/10/por-que-aprender-direito-sistemico/>. Acesso em: 13 out. 2019.

STORCH, Sami. Sobre Sami Storch. **Direito Sistêmico (blog)**, Itabuna, 10 abr. 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/author/direitosistemico/>. Acesso em: 13 out. 2019.

STORCH, Sami. Direito Sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de so-

lução de conflitos. **Revista Online Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-euma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em: 19 set. 2019.

SCHNEIDER, Jakob Robert. **A prática das constelações familiares**. Pato de Minas: ATMAN, 2007.

STIEFEL, Ingeborg; HARRIS, Poppy; ZOLLMANN, Andreas W. Family Constellation: a therapy beyond words. **Australian and New Zealand Journal of Family Therapy**. Volume 23, Issue 1, 2013, Disponível em: <https://doi.org/10.1002/j.1467-8438.2002.tb00484.x>. Acesso em: 14 nov. 2022.

TOMAN, Walter. *Family constellation: Its effects on personality and social behavior*. Springer Publishing Company, 1993.

TV JUSTIÇA. **JT na TV entrevista o juiz Sami Storch, pioneiro no uso da Constelação familiar no judiciário**, 2018. Disponível em: <http://www.tvjustica.jus.br/index/detalhar-noticia/noticia/371857>. Acesso em: 17 set. 2019.

VALL, Janaina; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Justiça Restaurativa mediante Constelações Sistêmicas: relato de experiência de uma Vara de execução penal da cidade de Fortaleza. *In*: LIPPMANN, Marcia Sarubbi (org.). **Direito Sistêmico: a serviço da cultura de paz**. Joinville: Manuscritos, 2019.

VIORST, Judith. **Perdas Necessárias**. 4. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005.

O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES
DAS UNIDADES SOCIOASSISTENCIAIS
FACE ÀS REQUISIÇÕES DO
SISTEMA DE JUSTIÇA

*THE CONFLICT OF ATTRIBUTIONS OF
SOCIAL-ASSISTANCE UNITS FACE TO THE
REQUIREMENTS OF THE JUSTICE SYSTEM*

O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES DAS UNIDADES SOCIOASSISTENCIAIS FACE ÀS REQUISIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA¹

THE CONFLICT OF ATTRIBUTIONS OF SOCIAL-ASSISTANCE UNITS FACE TO THE REQUIREMENTS OF THE JUSTICE SYSTEM

Francisco Pedro da Silva²

RESUMO

Considerando que os profissionais que atuam nas unidades socioassistenciais da política de assistência social são constantemente requisitados pelos órgãos do Sistema de Justiça a realizar ação/intervenção que destoam das atribuições nesta política pública, o objetivo deste estudo é demonstrar que o papel destes profissionais no Sistema Único de Assistência Social não coadunam com as desenvolvidas nos órgãos do Sistema de Justiça. Com base em pesquisa bibliográfica e documental, propõe-se esclarecer o papel destas unidades, em particular dos CRAS e CREAS, conhecer as atribuições dos profissionais nelas inseridos e apontamos sua incompatibilidade com as demandas advindas do Sistema de Justiça. Conclui-se que os profissionais do Sistema Único de Assistência Social, não podem emitir laudos e pareceres psicossociais, realizar perícias ou qualquer procedimento técnico, com o propósito de instruir procedimentos administrativos ou processos judiciais.

Palavras-chave: assistência social; sistema de justiça; requisições; conflito de atribuições.

1 INTRODUÇÃO

A proteção social no Brasil teve um desenvolvimento lento e gradual. Este aspecto é resultado da dependência econômica e do domínio colonialista, que nos fez herdar insatisfeitos índices de desenvolvimento nos planos econômico, político, social e cultural.

¹ Data de Recebimento: 05/09/2022. Data de Aceite: 10/11/2022.

² Mestrando em Estado, Governo e Políticas Públicas pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO/ Sede Brasil). Graduado em Serviço Social pelo Centro Universitário Dr. Leão Sampaio. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: ss.fpsilva@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5260411991301529>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0222-8538>.

A princípio, “o Estado quase não exercia o papel de agente regulador da área social” (PEREIRA, 2011). Depois vivenciamos o período no qual o acesso a políticas sociais era exclusividade daqueles que estavam formalmente incluídos no mercado de trabalho. É o que Santos (1979) chama de cidadania regulada. Quem estava fora do mercado de trabalho formal ficava dependente de ações filantrópicas. É somente com a Constituição de 88 que conceitos como “direitos sociais”, “seguridade social”, “universalização”, “equidade”, “descentralização político-administrativa”, “controle democrático”, “mínimos sociais”, dentre outros” nortearão a constituição de um novo padrão de política social (PEREIRA, 2011). É na Constituição Federal de 1988 que a assistência social é assumida enquanto direito do cidadão e dever do Estado.

Em 1993 ocorre sua regulamentação, por meio da Lei federal nº 8.742, de 07 de dezembro, e somente em 2005, é que é criado o SUAS, e a assistência social passa a ter os serviços estruturados em dois níveis de proteção: Proteção Social Básica (PSB) e Proteção Social Especial (PSE). Conforme Jacinto (2021, p. 247), “Cada nível de proteção compõe serviços e estratégias específicas para lidar com questões referentes à política, de acordo com sua complexidade e com as ações necessárias para enfrentar as situações relativas ao alcance do SUAS”.

Esta política, além de ser impactada com o desmonte do sistema de proteção social provocado pelas medidas de ajuste fiscal de cunho neoliberal, os profissionais que nela atuam, têm sido alvo da ingerência dos órgãos que integram o Sistema de Justiça (Ministério Público, Poder Judiciário, Defensoria Pública, Delegacias, entre outros) que pleiteiam instrumentos e procedimentos que excedem as responsabilidades dos profissionais, previstas no conjunto de normas que regem a política de Assistência Social.

Sendo assim, neste trabalho, partindo do processo de formação da proteção social no Brasil até o reconhecimento da assistência social como política de Estado, buscamos demonstrar que o papel destes profissionais no Sistema Único de Assistência Social não coadunam com as desenvolvidas nos órgãos do Sistema de Justiça. Esclareceremos qual o papel destas unidades, em particular dos CRAS e CREAS, conheceremos as atribuições dos profissionais nelas inseridos e apontamos sua incompatibilidade com as demandas advindas do Sistema de Justiça. Infere-se que os profissionais que atuam no SUAS, não podem emitir laudos e pareceres psicossociais, realizar perícias ou qualquer procedimento técnico, com o propósito de instruir procedimentos administrativos ou processos judiciais.

2 EVOLUÇÃO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

O Estado social brasileiro, assentado em bases mais modernas, inicia seu processo

de constituição, a partir das transformações político-institucionais dos anos 30, pois até esta década só haviam medidas esparsas e frágeis de proteção social, e consolida-se durante os anos 70, com a formação de um sistema coerente, balizado por princípios próprios e firmado em um arranjo de financiamento específico.

Importante destacar que são os ideais dos movimentos anarquista e socialista da Europa, trazido pelos emigrantes, que farão a questão social se colocar como questão política na primeira década do século XX, com as primeiras lutas da classe trabalhadora, e as primeiras iniciativas de legislação voltadas ao mundo do trabalho (BEHRING; BOSCHETTI, 2009).

Após a Lei de Sindicalização de 1907, a força de trabalho “ingressa de forma associativa e organizada na vida política e social” (SANTOS, 1979, p. 72), gerando demandas sociais, e, por meio de greves, as quais cresceram vertiginosamente, houve as primeiras tentativas por parte do Estado de alterar a percepção da ordem social vigente. Tais lutas foram alvo da repressão policial, mobilizada pelo Estado brasileiro.

A Lei Eloy Chaves, de 1923, vai ser um dos primeiros instrumentos legais instituídos com tal objetivo, e é considerada o marco da previdência social no Brasil. Esta Lei instituiu as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) dos ferroviários, cuja filiação era compulsória, a qual assegurava benefícios básicos de aposentadorias e pensões, e custeio das despesas funerárias e assistência médica aos empregados das empresas em que eram organizadas (BEHRING; BOSCHETTI, 2009). Em 1926, o sistema das CAPs foi ampliado para os portuários e marítimos, e servidores públicos. Para Santos (1979, p.73), estas tinham um caráter remedial, pois apenas compensavam, “minimamente, as deficiências na distribuição de benefícios, regulada que era pelo mercado na esfera administrativa”.

Com a crise do liberalismo, de 1929-1932, ocorrem mudanças importantes no cenário político e econômico brasileiro, iniciando um processo de transformação que vai definindo os traços do modelo econômico que dará nova forma ao domínio do modelo urbano industrial. Somada ao movimento de outubro de 1930, surge a necessidade de reorganizar as esferas estatal e econômica, apressando o deslocamento do centro motor da acumulação capitalista das atividades de agroexportação para outras de realização interna, levando à substituição do processo de exportação (BEHRING; BOSCHETTI, 2009).

A crise implicará também o aumento das expressões da questão social, exigindo do governo Vargas uma postura diferente no enfrentamento dessas questões, forçando o Estado a ter um papel maior na regulação da economia e nas políticas voltadas para o desenvolvimento do país. Disso resulta a adoção de uma política trabalhista, clientelista e paternalista para controlar as greves e os movimentos operários.

Segundo Santos (1979, p. 75), após 1930, a política econômico-social brasileira pode ser entendida a partir do que chamou de cidadania regulada. Tal conceito refere-se a um sistema de estratificação ocupacional definido por norma legal, no qual são considerados

cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas em lei. A extensão da Cidadania se faz, pois, via regulamentação de novas profissões e/ou ocupações, em primeiro lugar, e mediante ampliação do escopo dos direitos associados a estas profissões, antes que por expansão dos valores inerentes ao conceito. de membro da comunidade. A cidadania está embutida na profissão e os direitos do cidadão restringem-se aos direitos do lugar que ocupa no processo produtivo, tal como reconhecido por lei.

Todos os que exerciam atividades estáveis e regulares, mas sem reconhecimento legal, bem como os desempregados, subempregados e empregados instáveis, eram pré-cidadãos. A cidadania definia-se pela profissão regulamentada, pela carteira de trabalho e pela pertença a sindicato, devidamente reconhecido pelo Estado (SANTOS, 1979).

Um marco da política de assistência social no Brasil é a criação, em 1938, do Conselho Nacional de Serviço Social (CNSS), com a finalidade de centralizar e organizar as ações assistenciais públicas e privadas, empregadas como mecanismo de clientelismo político e de manipulação do erário e subvenções públicas, e da Legião Brasileira de Assistência (LBA), em 1942. Coordenada pela primeira dama, Sra. Darci Vargas, a LBA tinha como objetivo principal atender às famílias dos pracinhas brasileiros envolvidos na Segunda Guerra Mundial. (BEHRING; BOSCHETTI, 2009). Após as reivindicações do movimento organizado é aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943, inspiradas na *Carta del Lavoro* da era fascista de Mussolini.

Segundo Draibe (1993, p. 21), a produção legal do período 1930-1943, também farta em mudanças nas áreas de política de saúde e de educação, endossa a tese das ações preventivas da elite e da busca de formas de legitimação via política social, e “manifesta elevados graus de centralização, no executivo federal, de recursos e instrumentos institucionais e administrativos”. Situação similar ocorreria no período 1966/1971.

Na mesma linha, Santos (1979) aponta que as instituições sociais e econômicas erigidas entre 1930 e 1945 surgem como estratégias para refrear os conflitos sociais, sendo moldadas aos propósitos da elite no poder. Para Pereira (2011, p. 126), a expansão da política social durante regimes autoritários e sob o governo de coalização conservadora,

ensejou um padrão nacional de proteção social com as seguintes características:

ingerência imperativa do poder executivo; seletividade dos gastos sociais e da oferta de benefícios e serviços públicos; heterogeneidade e superposição de ações; desarticulação institucional; intermitência da provisão; restrição e incerteza financeira.

Tal contexto social e econômico extremamente regulado, mantém-se mesmo após 1945 quando já se vivencia uma ordem relativamente democrática. Entre 1945 e 1964 o sistema de proteção social criado no período de 1930 a 1943 expande-se, havendo um movimento de inovação legal institucional nos campos da educação, saúde, assistência social e, mais tenuemente, na habitação popular, e também

avanços nos processos de centralização institucional e no de incorporação de novos grupos sociais no esquema de proteção, sob um padrão, entretanto, seletivo (no plano dos beneficiários), heterogêneo (no plano dos benefícios) e fragmentário (nos planos institucional e financeiro) de intervenção social do Estado (DRAIBE, 1993, p. 23).

Conforme Behring e Boschetti (2009, p. 135) a década de 1950 vai ser marcada pelo complexo cenário que se constrói no Brasil de 1943 a 1945. Até este período pouco ou nenhuma alteração ocorreu nas práticas e instituições herdadas do Estado Novo. Os sindicatos enfrentam limitações por parte do Estado, a regulamentação das profissões segue sendo o primeiro degrau para acesso à cidadania, e permanece a lógica da política compensatória vinculada ao sistema previdenciário.

O período ditatorial brasileiro será marcado por um profundo avanço no processo de desenvolvimento econômico e, em particular, da industrialização. Este crescimento foi resultado de uma intensa internacionalização da economia brasileira. É sob a ditadura que se consolida do “Welfare State” no Brasil, quando são

identificados os fundos e recursos que apoiarão financeiramente os esquemas de políticas sociais; definem-se os princípios e mecanismos de operação e, finalmente, as regras de inclusão/exclusão social que marcam definitivamente o sistema (DRAIBE, 1993, p.23).

Contudo, nos primeiros anos da década de 1970, a crise do Milagre Econômico, desembocará na crise do regime. Como afirma Behring e Boschetti (2009), os limites

da ampliação do mercado interno de massas, da crise internacional e também diante das intensas contradições mobilizadas por esse desenvolvimentismo autocrático burguês, tornaram as taxas de crescimento, elevadas no período, insustentáveis. Para manter o ritmo de crescimento, o regime aumentou o endividamento externo, contraindo empréstimos com juros altos. Estava criado o cenário que terminaria por fazer dos anos 1980 a “década perdida”.

Em relação a política social, a Ditadura proporcionou uma inclusão contraditória dos trabalhadores. Isso porque, a garantia de alguns direitos sociais, em um contexto adverso à participação política das massas, de repressão ao movimento sindical e a todas as contestações sociais, se dará como forma de antecipar-se às demandas sociais, evitando a eclosão dos movimentos sociais na cena pública, e legitimar minimamente o regime de exceção, de modo a encobrir seu caráter autoritário. É neste período que é aprovada a Lei Orgânica de Previdência Social (LOPS) e a criação do Instituto Nacional de Previdência Social, ocorrendo a unificação dos IAPs.

Ao passo que o Governo Militar unificou os IAPs criando Instituto Nacional de Previdência Social, reivindicação dos trabalhadores desde o Estado Novo, retirou da gestão deste instituto os representantes dos empregados e empregadores, o que levou a uma precarização dos benefícios assegurados. Os benefícios passaram a ter como base de cálculo a média dos salários de contribuição, excluindo deles os aumentos salariais que superassem os índices de reajustes monetários oficiais. A aposentadoria por invalidez foi restringida aos casos de incapacidade total e o auxílio-funeral passa a ter um limite de dois salários-mínimos. A diária e o transporte garantidos aos segurados em gozo de auxílio-doença para tratamento fora do município e o pagamento em dobro do auxílio-natalidade foram suprimidos (BEHRING E BOSCHETTI, 2009).

Com a reforma previdenciária em 1970 tem-se a ampliação da cobertura dos benefícios existentes. Paralelamente, o aparelho governamental de administração previdenciária foi reorganizado, com a criação do Ministério de Previdência e Assistência Social, em 1974.

Ao passo em que se institucionaliza a previdência, a saúde e a assistência social, o Governo Ditatorial criava novas fontes de recursos para as políticas sociais e constituía mecanismos de poupança compulsória, como, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o Programa de Integração Social (PIS) e o Programa de Assistência ao Servidor Público (PASEP). Contudo, havia reforço à iniciativa privada com fins lucrativos, na execução das políticas, abrindo espaços para a privatização da saúde, da previdência e da educação (PEREIRA, 2011).

Segundo Draibe, o estado social brasileiro construído amolda-se ao que Titmus chamou de tipo conservador ou meritocrático-particularista, o qual possui conotação cor-

porativista, sendo talvez “o caráter clientelista aquele que mais fortemente afeta sua dinâmica” (1993, p.26). Assim, mesmo tendo havido tendências universalistas, em termos de cobertura e de beneficiários, estas não o reveste de características do tipo “institucional-redistributivo”.

Na década de 1980, sob forte impacto da política econômica adotada pelos militares, o Brasil ingressa no seu processo de transição democrática, que, sob pressão popular, deságua na Constituição Federal de 1988. Dos avanços conquistados no texto constitucional no campo dos direitos sociais merecem destaque a seguridade social, os direitos humanos e político pelo que mereceu a caracterização de “Constituição Cidadã”.

A seguridade social tem como base o primado do trabalho, e “compreende um conjunto integrado de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. (BRASIL, 1988). A regulamentação da seguridade social se dá pelas sanções da Lei da Seguridade Social (1991), Lei Orgânica da Previdência Social (1991) e Lei Orgânica da Saúde. A assistência social será a última área da seguridade social a ser regulamentada, ocorrendo, em 1993, com a Lei Orgânica de Assistência Social.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Assistência Social, sempre relegada à benemerência dos seus agentes, se constitui como um dos tripés da Seguridade Social, “devendo ser prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição”. (BRASIL, 1988). Na Carta Magna, a matéria está disciplinada pelos artigos 203 e 204, *in verbis*:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base

nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - despesas com pessoal e encargos sociais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - serviço da dívida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

O reconhecimento da assistência social como direito social pela Constituição Federal de 1988, criou condições para sua retirada do campo da caridade para alçar a condição de direito subjetivo público, dando a possibilidade de exigir-se, por parte do Estado, a sua objetivação. Com isso, os recursos da assistência social passam a fazer parte do orçamento público, propõe-se a ruptura com a fragmentação entre quem contribui e os que não o faz, e é instituída a descentralização político-administrativa e a participação da comunidade na elaboração e controle das políticas sociais.

Na década de 1990, contexto de desenvolvimento explícito da hegemonia neoliberal, presencia-se o confronto das premissas neoliberais com os princípios conquistados na Constituição Federal de 1988 e na Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, o que tende a dificultar a sua materialização e a superação de algumas características históricas como, manutenção e reforço do caráter filantrópico, e permanência de apelo e ações clientelistas. Como resultado, verifica-se um desmonte nas conquistas sociais, o retorno de políticas sociais clientelistas, focalizadas e precárias e a dificuldade na implementação de um sistema público nacional e descentralizado que possa ampliar a rede de serviços e o acesso aos direitos (PEREIRA, 2011).

Ações empreendidas pelo governo Collor, como, política social fragmentada, de

cinho assistencialista e a transferência de recursos para o setor privado para a realização de serviços sociais, contribuíram para a entrada da política neoliberal no país. Cabe apontar que a primeira versão da Lei Orgânica de Assistência Social, apresentada pela Câmara Federal com o auxílio do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA foi vetada por Collor, revelando o descaso para com a área social (BRASIL, 2004). Sua aprovação só se dá em 1993, depois de negociação de movimento nacional com o Governo Federal, e representantes da Câmara Federal.

Com o Impeachment de Collor, Itamar Franco assume o projeto neoliberal, apresentando poucas ações no sentido de cumprir os direitos sociais contidos na Constituição de 1988.

Um avanço obtido por Itamar Franco no campo social foi a sanção da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, a Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, resultado de manifestações populares e exigências por parte do Ministério Público (PEREIRA, 2011). Ao regulamentar os artigos 203 e 204 da Constituição Federal, a LOAS conceitua a assistência social como “Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”. (BRASIL, 1993).

Em 1994 inicia-se o governo FHC que acirrará ainda mais o processo de minimização do Estado. No ano seguinte, FHC cria o Ministério do Bem-Estar Social, que continuou com o modelo de gestão patrimonial e paternalista já experimentados pela Legião Brasileira de Assistência – LBA. O governo do PSDB será marcado por ações estratégicas que visam à redução dos direitos e da refilantropização ensejada pela reforma do Estado. Dentre as estratégias está o Programa de Publicização que deslocava as demandas sociais, através do Terceiro Setor, para o âmbito privado e da solidariedade desconsiderando a legislação em vigor.

De acordo com Behring e Boschetti, o ajuste neoliberal tratou-se

de “reformas” orientadas para o mercado, num contexto em que os problemas no âmbito do Estado brasileiro eram apontados como causas centrais da profunda crise econômica e social vivida pelo país desde o início dos anos 1980. Reformando-se o Estado, com ênfase especial nas privatizações e na previdência social, e, acima de tudo, desprezando as conquistas de 1988 no terreno da seguridade social e outros – a carta constitucional era vista como perdulária e atrasada -, estaria aberto o caminho para o novo “projeto de modernidade”. (2009, p. 148).

O ajuste neoliberal brasileiro foi orientado pelo Plano Diretor da Reforma do Estado do Ministério da Administração e da Reforma do Estado (PDRE/MARE, 1995). Esse período, muito embora tenha sido marcado por um intenso processo de privatização de estatais, aumento do desemprego, e cortes nos gastos sociais, não significou uma ausência de política social. No entanto, a política social formulada na época foi capturada por uma lógica de adaptação ao novo contexto e, organizou-se seguindo o trinômio privatização, focalização/seletividade e descentralização (BEHRING; BOSCHETTI, 2009).

Após o governo FHC, Luís Inácio Lula da Silva assume a presidência e, no ano de 2004 é elaborada, aprovada e tornada pública a Política Nacional de Assistência Social. A criação da PNAS foi uma decisão do Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome - MDS, por intermédio da Secretaria Nacional de Assistência Social - SNAS e do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, demonstrando o interesse de construir conjuntamente o Sistema Único de Assistência Social – SUAS, cumprindo deliberações da IV Conferência de Assistência Social, realizada em dezembro de 2003, em Brasília (BRASIL, 2004).

Em 2005, o MDS, por intermédio da SNAS apresentou ao CNAS, para a devida apreciação e aprovação, a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB/SUAS 2005)³. A ação se deu em cumprimento à Resolução nº 27, de 24 de fevereiro de 2005, do Conselho Nacional de Assistência Social, que define as diretrizes para o desencadeamento do processo de discussões e pactuações consideradas relevantes para a aprovação da nova Norma Operacional Básica da Assistência Social (NOB/SUAS).

O Sistema Único de Assistência Social é responsável pela gestão das ações na área de assistência social, que é organizada sob a forma de sistema descentralizado, com comando único das ações em cada esfera de governo, e participativo, por meio de organizações representativas, como, os conselhos de políticas setoriais (BRASIL, 1993).

Somente em 2012, por meio da Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011, é que o SUAS será integrado a Lei Orgânica de Assistência Social. Foi neste instrumento normativo que se ratificou que as proteções sociais, básica e especial, devem ofertadas precipuamente no Centro de Referência de Assistência Social (Cras) e no Centro de Referência Especializado de Assistência Social (Creas), unidades públicas, que por serem as principais demandadas pelo Sistema de Justiça, trataremos de suas competências no tópico seguinte.

³ A Resolução CNAS nº 130, de 15 de julho de 2005, que aprovou a NOBSUAS 2005 foi revogada pela Resolução CNAS nº33/2012 que aprova a NOB/SUAS 2012.

2 DAS ATRIBUIÇÕES DOS CENTROS DE REFERÊNCIA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (CRAS) E DOS CENTROS DE REFERÊNCIA ESPECIALIZADOS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (CREAS)

Os Centros de Referência da Assistência Social e os Centros de Referência Especializada da Assistência Social são unidades públicas estatais instituídas no âmbito do SUAS, as quais são responsáveis por coordenar e ofertar os serviços, programas, projetos e benefícios da política de assistência social.

Conforme a LOAS, em seu art. 6º-C, as unidades são assim conceituadas:

§ 1º O Cras é a unidade pública municipal, de base territorial, localizada em áreas com maiores índices de vulnerabilidade e risco social, destinada à articulação dos serviços socioassistenciais no seu território de abrangência e à prestação de serviços, programas e projetos socioassistenciais de proteção social básica às famílias.

§ 2º O Creas é a unidade pública de abrangência e gestão municipal, estadual ou regional, destinada à prestação de serviços a indivíduos e famílias que se encontram em situação de risco pessoal ou social, por violação de direitos ou contingência, que demandam intervenções especializadas da proteção social especial.

Os serviços socioassistenciais ofertados nestas unidades estão regulamentados pela Resolução nº 109, de novembro de 2019, do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, que os organiza por níveis de complexidade do SUAS: Proteção Social Básica e Proteção Social Especial de Média e Alta Complexidade.

Aos CRAS, que devem ofertar obrigatória e exclusivamente o Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF), cabem os serviços da proteção social básica, que têm por objetivo:

prevenir a ocorrência de situações de vulnerabilidades e riscos sociais nos territórios, por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições, do fortalecimento de vínculos familiares e comunitários, e da ampliação do acesso aos direitos de cidadania (BRASIL, 2009, p, 09).

Dada a sua competência, e considerando as demandas dos usuários, as quais resultam de uma multiplicidade de variáveis – violência, contextos de desigualdades, preconceito, desproteção social –, as atribuições dos profissionais do CRAS por vezes são

confundidas, pelo Sistema de Justiça, com aquelas a serem desenvolvidas por estes profissionais quando atuam nas instituições do referido sistema, no processo de investigação ou responsabilização, seja em processo extrajudicial ou judicial. Porém, estas unidades não podem assumir o papel e/ou funções de equipes interprofissionais de outros atores da rede, como, da segurança pública, órgãos de defesa e responsabilização ou de outras Políticas (BRASIL, 2012). Conforme Jacinto (2021, p. 247), “Os CRAS se articulam com outros serviços do SUAS, bem como de outras políticas públicas, no intuito de enfrentar a multicausalidade das situações de vulnerabilidade presentes na comunidade”.

Já aos CREAS, que são responsáveis pelos serviços da proteção social especial de média complexidade, de modo geral, compreende:

- ofertar e referenciar serviços especializados de caráter continuado para famílias e indivíduos em situação de risco pessoal e social, por violação de direitos, conforme dispõe a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais;
- a gestão dos processos de trabalho na Unidade, incluindo a coordenação técnica e administrativa da equipe, o planejamento, monitoramento e avaliação das ações, a organização e execução direta do trabalho social no âmbito dos serviços ofertados, o relacionamento cotidiano com a rede e o registro de informações, sem prejuízo das competências do órgão gestor de assistência social em relação à Unidade. (BRASIL, 2011, p. 23).

Os usuários dos CREAS são “famílias com um ou mais de seus membros em situação de ameaça ou violação de direitos” (BRASIL, 2014, p. 31), como é o caso de vítimas de violência física, psicologia e negligência, violência sexual, trabalho infantil, situação de rua e mendicância, entre outras situações de violação de direitos. Este público pode acessar os serviços do CREAS a partir de encaminhamento dos órgãos do Sistema de Justiça e Sistema de garantia de Direitos, mas para ser atendido confirma a Tipificação Nacional do Serviços Socioassistenciais. Assim como ocorre com os CRAS, os CREAS têm seu papel confundido com os dos órgãos que integram o Sistema de Justiça e os técnicos de referência são requisitados para atuar como assistentes técnicos ou periciais destas entidades. No entanto, não compete a estas unidades socioassistenciais:

- Ocupar lacunas provenientes da ausência de atendimentos que devem ser ofertados na rede pelas outras políticas públicas e/ou órgãos de defesa de direito;

- Ter seu papel institucional confundido com o de outras políticas ou órgãos, e por conseguinte, as funções de sua equipe com as de equipes interprofissionais de outros atores da rede, como, por exemplo, da segurança pública (Delegacias Especializadas, unidades do sistema prisional, etc), órgãos de defesa e responsabilização (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Conselho Tutelar) ou de outras políticas (saúde mental, etc.);
- Assumir a atribuição de investigação para a responsabilização dos autores de violência, tendo em vista que seu papel institucional é definido pelo papel e escopo de competências do SUAS (BRASIL, 2011, p. 25).

Para que tais atribuições não se confundam, é recomendado, inclusive, que os CREAS não sejam instalados em imóveis compartilhados com órgãos de defesa de direitos e de responsabilização (BRASIL, 2011).

A equipe de referência dos CRAS e CREAS, depende do porte do município, e é composta por profissionais de nível superior e nível médio ou fundamental, reconhecidos pela Resolução CNAS nº 17, de 20 de junho de 2011 e Resolução CNAS nº 9, de 15 de abril de 2014, respectivamente, e definida considerando “o número de famílias e indivíduos referenciados, o tipo de atendimento e as aquisições que devem ser garantidas aos usuários” (BRASIL, 1993), sendo eles os responsáveis pela organização e oferta de serviços, programas, projetos e benefícios de proteção social básica e especial. Em que pese estas equipes contarem com profissionais que também podem integrar as equipes interdisciplinares do Sistema de Justiça, no Sistema Único de Assistência Social, suas atribuições não coadunam com as realizadas no Ministério Público, Defensorias, Juizados, Delegacias, entre outros.

É sobre as demandas advindas do sistema de justiça para os profissionais que atuam nas unidades socioassistenciais e a incompatibilidade das solicitações com as atribuições destes no SUAS, que nos debruçaremos a partir de agora.

3 DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE AS ATRIBUIÇÕES DOS PROFISSIONAIS DO SUAS E AS DEMANDADAS PELO SISTEMA DE JUSTIÇA

As requisições feitas pelo Sistema de Justiça aos profissionais que atuam no Sistema Único da Assistência Social, em especial os (as) assistentes sociais e psicólogos (as), têm sido fruto de discussão contínua dos respectivos conselhos de classe profissional, inclusive com pedidos de providência junto ao poder judiciário, e, como referência para orientação, diversos documentos oficiais têm sido elaborados.

Para os órgãos de classe, tais demandas resultam em sobrecarga de trabalho dos profissionais, desvio de função, negação ao/à profissional do direito de exercer sua autonomia e liberdade para realizar seus estudos (previstos no Código de Ética Profissional), pois, o requerente (juiz/a, promotor/a, defensor/a, etc.) já define procedimentos técnicos e instrumentos indispensáveis, bem como o rompimento de vínculos e de relações de confiança estabelecidos entre técnicos e usuários, pressuposto fundamental para os trabalhos do SUAS.

Estas práticas estão diretamente relacionadas com o processo de judicialização das políticas públicas. A falta de acesso ou oferta das proteções sociais na medida das necessidades dos cidadãos obriga o judiciário impor ao Executivo a oferta, quando a imposição legal é insuficiente. Arelado a isso estão as distorções do poder judiciário com relação ao papel das políticas públicas (CFESS, 2014).

Em pedido de providências encaminhado ao Conselho Nacional de Justiça, em 2014, pelo Conselho Federal de Serviço Social – CFESS, acerca das recorrentes solicitações encaminhadas pelo Poder Judiciário, Ministério Público e Defensorias Públicas aos/às assistentes sociais não vinculados/as a estas instituições, para elaboração de estudos sociais, laudos ou pareceres que venham a subsidiar decisões judiciais e extrajudiciais, foi apresentado o levantamento demonstrado na tabela abaixo, realizado pelos Conselhos Regionais de Serviço Social, em diversos municípios (CFESS, 2014), o qual atesta que apesar de serem pertinentes ao Serviço Social, tal ação/intervenção não cabe aos profissionais que não integram o quadro funcional dos órgãos do Sistema de Justiça:

Solicitantes	Órgãos/ Instituições para as quais as solicitações são encaminhadas
<ul style="list-style-type: none"> • Conselho Tutelar Defensoria Pública • Delegacia de Polícia • Ministério Público • Promotoria de Justiça Especializada • Sistema Penitenciário • Tribunal de Justiça • Vara da Infância e Adolescência • Vara de Família e Sucessões • Vara de Idoso 	<ul style="list-style-type: none"> • Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) • Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) • Centros de Referência Especializada de Assistência Social (CREAS) • Núcleos de saúde da Família (NASF) • Unidades Básicas de Saúde (UBS) • Diversos órgãos ou instituições municipais que executam a política de assistência social e de saúde • Obs.: em algumas situações, as solicitações são encaminhadas pelos juízes, defensores e promotores públicos aos secretários municipais, que por sua vez, encaminham aos/às assistentes sociais; mas, na maioria das vezes o encaminhamento segue diretamente para o/a assistente social em seu local de trabalho.
Tipos de solicitações	Finalidade das solicitações
<ul style="list-style-type: none"> • Avaliação social • Estudo social • Estudo socioeconômico • Laudo social • Parecer social • Relatório social • Visita domiciliar 	<ul style="list-style-type: none"> • Acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC). • Acompanhamento de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas. • Acompanhamento de execução de pena alternativa. • Acompanhamento de medida socioeducativa, liberdade assistida, medidas de proteção. (Em situações de acompanhamento, muitas vezes, é exigida a apresentação de relatórios sociais periódicos). • Aquisição de medicamentos de alto custo. • Autos de busca e apreensão de crianças e adolescentes. • Autos de reintegração de posse. • Cadastro de adoção. • Comparecimento em audiências na qualidade de testemunhas. • Definição de medidas protetivas. • Destituição do poder familiar. • Guarda de crianças/ adolescentes. • Internações psiquiátricas compulsórias. • Necessidade de internações. • Necessidades de idosos institucionalizados. • Processo de tutela e curatela de idosos e pessoas com deficiência. • Processos de adoção. • Processos de interdição. • Regulamentação de visitas em processos de separação conjugal litigiosa. • Responsabilização por tutela, curatela do usuário. • Situações de crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso sexual. • Situações de violência, maus-tratos, negligência familiar contra idosos, pessoas com deficiência, crianças, adolescentes, mulheres.

Fonte: OFÍCIO CFESS Nº 041/2014

Independentemente do seu conteúdo, tais requisições, podem “colidir com as legislações profissionais que preconizam o sigilo profissional, o comprometimento com o aco-

lhimento dos atendidos e a autonomia profissional, bem como normativas do SUAS”. (IPEA, 2015, p. 213). Isso porque,

a Política de Assistência Social possui em sua concepção prevista constitucionalmente uma proposta de trabalho que se afasta do caráter investigativo e fiscalizatório, privilegiando-se, em contraponto, a função de acolhimento – respaldado na leitura territorial advinda de uma vigilância socioassistencial, com mecanismos próprios – e com a difícil missão de articular a participação popular, a administração descentralizada com a uniformidade e integração em rede. (IPEA, 2015, p. 214).

Diante de tal situação, a Secretaria Nacional de Assistência Social expediu a Nota Técnica n.º 02/2016/ SNAS/MDS, que dispõe sobre a relação entre o Sistema Único de Assistência Social – SUAS e os órgãos do Sistema de Justiça, tais como Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública. Para a SNAS, a atuação dos técnicos de referência nos serviços do SUAS, regulados pela Resolução CNAS n.º 109, de 11 de novembro de 2009, que aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, não pode se confundir com processo de responsabilização ou investigativo.

Para a Secretaria Nacional de Assistência Social - SNAS,

quando órgãos do Sistema de Justiça exigem dos profissionais do SUAS a realização de atividades ou a elaboração de documentos não condizentes com as suas atribuições no serviço em que atua, bem como, com a missão e objetivos da Política de Assistência Social, enseja-se prejuízo do exercício da função de proteção social e o alcance dos objetivos da Assistência Social (SNAS/MDS, 2016, p. 12).

Tratando da especificidade do sistema de garantia de direitos no Brasil, Baptista (2012, p. 198) pontua que “A garantia de direitos, no âmbito de nossa sociedade, é de responsabilidade de diferentes instituições que atuam de acordo com suas competências”.

A relação entre o SUAS e o Sistema de Justiça também já foi objeto de pesquisa pelo Ministério da Justiça, conduzida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, a qual concluiu, entre outros pontos, que

Enquanto conteúdo a ser definido como competência do SUAS,

constata-se que não pode ser considerada sua atribuição a realização de tarefas que colidam com a competência precípua de atender e acolher às famílias e usuários, na perspectiva de garantir seus direitos. Assim, demandas de perícias e de verificação de denúncias não são compatíveis com as atribuições do SUAS. De outra parte, podem ser atribuição do SUAS o atendimento a requisições de atendimentos diretos em serviços respectivos e requisições de informações sobre atendimentos que vêm sendo realizados pelo respectivo equipamento social (IPEA, 2015, p. 234).

Considerando a necessidade de orientar os profissionais a como agir perante tais requisições, diversos documentos foram editados pelos conselhos de classe, dentre eles, destacamos o aprovado na ocasião da 39ª Plenária do XVI Plenário do CFP, intitulado Demandas do Sistema de Justiça às (aos) profissionais de Psicologia lotados nas políticas públicas de saúde e de assistência social, os pareceres jurídicos CFESS nº 30/10⁴ e nº 10/12⁵, e, também, o ofício CFESS nº 041/2014, anteriormente citado.

No Ceará, o Conselho Regional de Psicologia (CRP) da 11ª Região/CE e o Conselho Regional de Serviço Social (CRESS) da 3ª Região/CE, no bojo do Pedido de Providências nº 8504461-66.2018.8.06.0026, solicitaram medidas no sentido de que o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará disponibilize profissionais (de Psicologia e de Serviço Social), credenciados ou de carreira, para realizar atividades de assistência técnica ou pericial, não requerendo tal função aos profissionais do poder executivo. Assim, em 2019, o Corregedor Geral da Justiça Desembargador Francisco Darival Beserra Primo, proferiu decisão, a qual foi encaminhada aos juízes, por meio do ofício circular nº 17/2019 CGJCE⁶, acolhendo o pedido e determinando aos magistrados de 1º grau que utilizem o SIPER (Sistema de Peritos), quando da nomeação de profissionais das referidas categorias, e de outras, elencadas na Resolução nº 04/2017.

O entendimento do judiciário cearense está em sintonia com diversos documentos expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio dos quais defende a implantação de equipes interprofissionais próprias nas comarcas de justiça de todo o país.

4 ASSUNTO: Relação do Assistente Social com autoridades do Sistema Judiciário/ Determinações ou exigências emanadas, que não se coadunam com o Código de Ética do Assistente Social e com as normas previstas pela lei 8662/93.

5 ASSUNTO: DETERMINAÇÃO emanada do PODER JUDICIÁRIO, mediante intimação a assistentes sociais lotados em órgãos do Poder Executivo e outros para elaboração de estudo social, laudos, pareceres/ Caracterização de imposição pelo Poder Judiciário, de trabalho não remunerado, gerando carga de trabalho excessiva

6 Ofício Circular nº 17/2019/CGJCE – Recomendação aos Juízes acerca da utilização do Sistema de Peritos (SIPER) para fins de nomeação de profissionais das categorias contempladas na Resolução nº 04/2017. Disponível em: of-17-2019.pdf (tjce.jus.br).

Entre estas, podemos citar às Recomendações nº 2/2006⁷, nº 9/2007⁸ e o Provimento nº 36/2014⁹. Estas normativas

evidenciam a necessidade de os órgãos do Sistema de Justiça possuírem em seus quadros equipes multidisciplinares, as quais devem realizar estudos psicológicos e sociais, elaborar relatórios, laudos e pareceres, a fim de subsidiar ou assessorar a autoridade judiciária no conhecimento dos aspectos socioeconômicos, culturais, interpessoais, familiares, institucionais e comunitários, dentre outras atribuições (TCU).

A decisão da CGJ/CE ratifica o entendimento expresso na Nota da Secretaria Nacional de Assistência Social, de que

As atribuições das equipes técnicas (especialmente assistentes sociais, psicólogos e advogados) dos serviços socioassistenciais ofertados nos CRAS, nos CREAS, nos serviços de acolhimento e em outros equipamentos públicos de Assistência Social, diferem, sobremaneira, das atribuições dos profissionais que integram, ou deveriam integrar, equipes multiprofissionais dos órgãos do sistema de justiça, tais como o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública (BRASIL, 2016, p. 12).

Para o Tribunal de Contas da União – TCU, a judicialização da Assistência Social realizada pelo Ministério Público e pelas Varas do Poder Judiciário além de significar a interferência externas na prestação de serviços socioassistenciais, também precariza os serviços realizadas no âmbito dos CRAS e CREAS. Esses órgãos, assevera o TCU,

por falta de pessoal próprio, demandam – em verdade exigem – que estudos sociais e pareceres técnicos sejam realizados pelas equipes dos serviços socioassistenciais. Ocorre que as equipes de referência, ao realizarem esses serviços, perdem precioso tempo para realizar trabalhos finalísticos de assistência social (BRASIL, 2020, n.p).

7 Recomenda aos Tribunais de Justiça a implantação de equipe interprofissional em todas as comarcas do Estado, de acordo com o que prevêm os arts. 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

8 Recomenda aos Tribunais de Justiça a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a adoção de outras medidas, previstas na Lei 11.340, de 09.08.2006, tendentes à implementação das políticas públicas, que visem a garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares

9 Dispõe sobre a estrutura e procedimentos das Varas da Infância e Juventude.

Consoante Moura (2018, p. 3),

visto que não possuem profissionais, as autoridades judiciárias intimam assistentes sociais de outras instituições, geralmente municipais ou estaduais para exercerem atividades da seara jurídica. Ocorre um assédio jurídico aos técnicos do SUAS para o cumprimento de requisição de serviços sobrepondo as atribuições específicas dos assistentes sociais. Há uma responsabilização dos profissionais, bem como o uso de poder para que se efetive o cumprimento das requisições.

Do mesmo modo, o Ministério Público do Ceará, por meio do Centro de Apoio Operacional da Infância, da Juventude e da Educação – CAOPIJE, em 19 de agosto de 2019, expediu nota técnica que trata da Solicitação de demandas aos psicólogos(as) integrantes do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). No referido documento, reafirma-se o entendimento já manifestado pelos órgãos de classe da categoria, de que “as solicitações direcionadas aos psicólogos(as) atuantes nos serviços socioassistenciais contemplem informações atinentes as suas atribuições no SUAS” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ, 2019, p. 2). Embora a referida nota não mencione os profissionais do Serviço Social, o posicionamento do órgão é corroborado pela decisão da Corregedoria Geral de Justiça anteriormente mencionada.

Fundado no mesmo entendimento, merecem destaque, a Nota Técnica nº 01/2018 do Ministério Público do Rio Grande do Norte; a Instrução Técnica nº 09/2018 do Ministério Público de Goiás, que se refere especificamente a atuação do psicólogo no SUAS; a Recomendação nº 33/2016 de autoria do CNMP, a qual dispõe sobre a implantação e estruturação das promotorias de justiça da infância e juventude, a qual, dentre todas as considerações, enuncia que é inviável o uso de técnicos do município, devendo as Procuradorias estaduais, comporem suas promotorias com assistentes sociais, pedagogos e psicólogos.

Consoante o IPEA (2015, p. 213), as requisições do Sistema de Justiça ao profissionais do SUAS, independentemente do seu conteúdo, podem “colidir com as legislações profissionais que preconizam o sigilo profissional, o comprometimento com o acolhimento dos atendidos e a autonomia profissional, bem como normativas do SUAS” .

Desse modo, os profissionais atuantes no Sistema Único de Assistência Social, diante das demandas advindas dos órgãos do Sistema de Justiça, devem se abster de emitir documentos para subsidiar Procedimentos Extrajudiciais ou Judiciais. Isso não significa que não haja uma interface do SUAS com o Sistema de Justiça. Ela existe, sendo per-

mitido, inclusive, elaborar relatório para informar acerca das ações desenvolvidas nos serviços com a família ou indivíduo que já vêm sendo atendido e a evolução do acompanhamento realizado. Como dispõe a citada nota da SNAS/MDS,

Quando os órgãos do Sistema de Justiça tomam conhecimento de famílias e indivíduos em situação de vulnerabilidade e risco social e pessoal, por violação de direitos, e aciona a rede socioassistencial, a resposta qualificada da Política de Assistência Social se dá pela inserção desses usuários no conjunto de suas proteções.

Da análise do pedido de providências apresentado pelo CFESS, o Conselho Nacional de Justiça teceu algumas considerações, que, pela pertinência com o assunto merecem ser destacadas. O CNJ reconheceu que a **requisição de pareceres mediante ameaça de responsabilização criminal**, é preocupante. Apontou que, em conformidade com o art. 146 do Código de Processo Civil, o profissional pode escusasse do cumprimento destas requisições, quando não se encontrar habilitado a proferir pareceres ou elaborar estudos referentes a problemas de ordem eminentemente jurídica, e, que a decisão judicial que contenha advertência de aplicação de penalidades civis, administrativas ou criminais é potencialmente configuradora de abuso de autoridade, nos termos da Lei nº 4.898, de 1965. Em tese, os constrangimentos gerados seriam passíveis de reparação à pessoa atingida. Ademais, conclui,

as designações não podem ser impostas a servidores de outros órgãos sob o pálio de institutos administrativos como “requisição ou cessão”. Tais instrumentos se prestam, na forma da lei, à movimentação de servidores entre órgãos diversos. O profissional formalmente vinculado à Administração Pública passa a exercer, nesse caso, suas funções em outro órgão, por tempo determinado, com a devida remuneração (BRASIL, 2015, p. 4-5).

Assim, o profissional com atuação no Sistema Único de Assistência Social, que oferta serviços cujos objetivos destoam daqueles buscados por órgãos do Sistema de Justiça, não pode ser compelido a assumir responsabilidades que não condizem com suas atribuições no âmbito desta política.

Para ratificar tal entendimento, a nota técnica do SNAS/MDS, elenca os instrumentos e procedimentos que extrapolam as funções dos profissionais do SUAS, na medida em que se caracterizam como processos de responsabilização ou investigativos. São eles:

a) Realização de Perícia; b) Inquirição de vítimas e acusados; c) Oitiva para fins judiciais; d) Produção de provas de acusação; e) Guarda ou tutela de crianças e adolescentes de forma impositiva aos profissionais do serviço de acolhimento ou ao órgão gestor da assistência social, salvo nas previsões estabelecidas em lei; f) Curatela de idosos, de pessoas com deficiência ou com transtorno mental aos profissionais de serviços de acolhimento ou ao órgão gestor da assistência social, salvo nas previsões estabelecidas em lei; g) Adoção de crianças e adolescentes; h) Averiguação de denúncia de maus-tratos contra crianças e adolescentes, idosos ou pessoas com deficiência, de violência doméstica contra a mulher.

A competência precípua do SUAS é atender e acolher às famílias e usuários, na perspectiva de garantir seus direitos, embora seja possível, por meio de relatórios para uso externo, prestar informações sobre a inserção de famílias e indivíduos no acompanhamento realizado pelos serviços socioassistenciais. A limitação está em atuar como assistente técnico ou pericial dos órgãos de defesa de direitos e órgãos do Sistema de Justiça, pois, como referido, tal ação/intervenção demandada, produz efeitos negativos, tais como desvio de função, sobrecarga de trabalho dos profissionais, os conflitos éticos e às tensões entre equipes e população acompanhada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A assistência social é uma política em processo de construção e reafirmação. O reconhecimento enquanto política de Estado não significou a extirpação da manipulação clientelista e fisiologista, características inerentes ao passado de prática filantrópica, e mantidas pelas medidas contrarreformistas adotadas pela política neoliberal que promovem a ruptura com as propostas progressistas da Constituição Federal de 1988. Ademais, a prática profissional no campo da assistência social, não em sua totalidade, ainda carrega um cunho moralizante e disciplinador, que ao assumir denotação polícial, acaba por ferir as premissas de condutas éticas das categorias profissionais ali envolvidas.

Este caráter moralizante e disciplinador é fortalecido quando os profissionais que atuam no Sistema Único de Assistência são intimados a atuar como assistentes técnicos e/ou periciais para os órgãos do Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Delegacias, entre outros). Além de não seguirem fluxos institucionais, tais requisições são apresentadas de modo coercitivo, impactando nos serviços socioassistenciais, pois os técnicos deixam de fazer os trabalhos que são de sua

atribuição. O rol de atribuições e competências das unidades socioassistenciais, como CRAS e CREAS, destoam sobremaneira daquelas desenvolvidas no Sistema de Justiça.

Dentre as implicações no trabalho profissional podemos apontar: desvio de função, sobrecarga de trabalho, desrespeito às normas da política de assistência social, falta de autonomia e conflito ético e técnico-operativo.

Como formas de incidir na problemática é fundamental que o Sistema de Justiça compreenda quais são as competências do SUAS, o que pode ser alcançado por meio da capacitação dos seus operadores. Também deve haver o estabelecimento de fluxos entre os Sistemas, de modo que as requisições sejam encaminhadas ao órgão gestor da política de assistência social, o qual avaliará a pertinência da solicitação.

Assim, na relação entre o SUAS e órgãos do Sistema de Justiça deve haver o respeito as normas e objetivos da política de assistência social, pois o Estado Democrático de Direito presume delimitação de poder, divisão de competências, definições de atribuições e de fluxos.

THE CONFLICT OF ATTRIBUTIONS OF SOCIAL-ASSISTANCE UNITS FACE TO THE REQUIREMENTS OF THE JUSTICE SYSTEM

ABSTRACT

Considering that the professionals who work in the social assistance units of the social assistance policy are constantly requested by the organs of the Justice System to carry out action/intervention that differ from the attributions in this public policy, the objective of this study is to demonstrate that the role of these professionals in the Social Assistance System are not in line with those developed in the organs of the Justice System. Based on bibliographical and documental research, it is proposed to clarify the role of these units, in particular the CRAS and CREAS, to know the attributions of the professionals inserted in them and we point out their incompatibility with the demands arising from the Justice System. It is concluded that the professionals of the Unified Social Assistance System cannot issue reports and psychosocial opinions, carry out expertise or any technical procedure, with the purpose of instructing administrative procedures or judicial proceedings.

Keywords: social assistance; justice system; requisitions; assignment conflict.

REFERÊNCIAS

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política social: fundamentos e história**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Nota técnica nº 02/2016**. Relação entre o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e os órgãos do Sistema de Justiça. Brasília, 2016. Disponível em: nota_tecnica_120520016.pdf (mds.gov.br). Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de auditoria**. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. Processo TC-012.170/2019-4. Ata 16/2020. Brasília, DF, Sessão 7/6/2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de Providências – 0000418-74.2014.2.00.0000**. Requerente: Conselho Federal de Serviço Social. Requerido: Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Relator: Fabiano Augusto Martins Silveira. Brasília, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. **Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais** (Resolução n. 109, de 11 de novembro de 2009). Brasília, MDS: 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei Orgânica de Assistência Social**: Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Brasília: Senado Federal, 1993.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Orientações Técnicas sobre o PAIF**. Brasília: MDS, v.2, 2012.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Orientações Técnicas**: Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS. Brasília: Brasil, 2011.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Orientações Técnicas**: Centro de Referência de Assistência Social – CRAS. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2009.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. **Política Nacional de Assistência Social**. Brasília: Brasil. 2004.

CFESS. **OFÍCIO CFESS Nº 041/2014** – Pedido de Providências. Brasília: Conselho Federal de Serviço Social, 2014. Disponível em: oficio-41-2014.pdf (cfess.org.br). Acesso em: 16 ago. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ. **Nota Técnica nº 0003/2019** – Solicitação

de demandas aos psicólogos(as) integrantes do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). 2018. Disponível em: 20190183-Nota-Técnica-003.2019-CAOPIJCE-MPCE-Demandas-Psicologos-SUAS.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

MOURA, Jackeline. **As relações entre o SUAS e o Sistema de Justiça: o conflito de competências das requisições aos assistentes sociais para a política de assistência social.** In: Anais VII CONINTER. Anais...Rio de Janeiro(RJ) UNIRIO, 2018. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/VIIConinter2018/113553-AS-RELACOES-ENTRE-O-SUAS-E-O-SISTEMA-DE-JUSTICA--O-CONFLITO-DE-COMPETENCIAS-DAS-REQUISICOES-AOS-ASSISTENTES-SOCIA>. Acesso em: 05 set. 2022.

DRAIBE, Sônia. **O Welfare State no Brasil: características e perspectivas.** Caderno 8. Campinas: Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – NEPP/Unicamp, 1993.

GOIÁS. Ministério Público do Estado de Goiás. **Instrução técnica nº 09/2018.** A atuação do Psicólogo no SUAS – Sistema Único de Assistência Social. 2018. Disponível em: www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2018/06/25/17_27_59_665_Instrução_Técnica_009_2018_A_atuação_do_Psicólogo_no_SUAS.pdf . Acesso em: 17 ago. 2021.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **As relações entre o Sistema Único de Assistência Social - SUAS e o sistema de justiça.** Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), 2015. 235p. (Série pensando o Direito; 58). Disponível em: PoD_58_Ana-Paula_web1.pdf (mj.gov.br). Acesso em: 19 ago. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **Nota Técnica nº 01/2018.** Orientações aos Promotores de Justiça sobre requisições de estudos psicossociais ou sociais aos profissionais que integram os equipamentos socioassistenciais. 2018.

Jacinto, P. M. S. (2021). Sistema Único de Assistência Social e Sistema de Justiça: explicitando problemáticas e orientações a psicólogas(os). *Revista Psicologia, Diversidade e Saúde*, 10(2), 246-258. Disponível em: Sistema Único de Assistência Social e Sistema de Justiça: explicitando problemáticas e orientações a psicólogas(os). **Revista Psicologia, Diversidade e Saúde** (bahiana.edu.br). Acesso em: 21 ago. 2021.

PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais.** 6. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça. A política social na ordem brasileira.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1979.

CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE
POLICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: ANÁLISE DO PAPEL DO MINISTÉRIO
PÚBLICO FRENTE A ABORDAGENS POLICIAIS
SELETIVAS E DISCRIMINATÓRIAS

*EXTERNAL CONTROL OF POLICE ACTIVITY IN THE
DEMOCRATIC RULE OF LAW: AN ANALYSIS OF THE ROLE
OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE REGARDING
SELECTIVE AND DISCRIMINATORY POLICE APPROACHES*

CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE DO PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE A ABORDAGENS POLICIAIS SELETIVAS E DISCRIMINATÓRIAS¹

*EXTERNAL CONTROL OF POLICE ACTIVITY IN THE DEMOCRATIC
RULE OF LAW: AN ANALYSIS OF THE ROLE OF THE PUBLIC
PROSECUTOR'S OFFICE REGARDING SELECTIVE AND
DISCRIMINATORY POLICE APPROACHES*

José Borges de Moraes Júnior²

RESUMO

Em suas atividades, as agências punitivas estatais realizam buscas pessoais decorrentes de abordagens policiais. Contudo, vislumbra-se, o caráter seletivo e discriminatório dessas atuações que, dedicam-se a desempenhar um controle social sobre a população vulnerável. Assim, qual o papel do controle externo realizado pelo Ministério Público no enfrentamento da seletividade e discriminação? Trata-se de pesquisa bibliográfica, documental, com abordagem qualitativa. Em sede de resultados, confirma-se a relevância do papel exercido pelo Ministério Público, no controle externo da atividade policial, para o rompimento de práticas autoritárias e discriminatórias da atuação policial, em benefício do fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Ministério Público; abordagem policial; controle externo da atividade policial; estado democrático de direito.

1 INTRODUÇÃO

A seletividade e a discriminação presentes nas ações das agências punitivas estatais possuem registros desde a época do Império, em que os escravos recém libertados eram

¹ Data de Recebimento: 16/08/2022. Data de Aceite: 10/11/2022.

² Promotor de Justiça e Mestrando em Direito Constitucional Público pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: joseborges.jr@mpce.mp.br, Telefone: (85) 99750-3907, <http://lattes.cnpq.br/8244813832407521>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4376-2262>.

criminalizados por sua condição social ou cultural, como era o caso da criminalização da vadiagem ou capoeiragem, respectivamente, práticas severamente combatidas pela polícia àquele tempo. Em período mais recente, na época da ditadura militar no Brasil, noticia-se que a polícia perseguiu e reprimiu, de forma brutal, por vezes com a morte, os opositores ao regime de exceção.

Uma das práticas mais comuns e violentas de atuação policial para o cumprimento de suas funções, relacionadas à preservação da segurança pública, é a busca pessoal decorrente de abordagens realizadas sobre indivíduos considerados suspeitos, vulgarmente conhecida como “baculejo”, “geral” ou “dura”, as quais são dirigidas, preferencialmente, a jovens, negros e pobres.

Ocorre que a prática de condutas seletivas e arbitrárias por parte da polícia, no entanto, não encontra respaldo na ordem constitucional brasileira vigente, que consagrou o Estado Democrático e Social de Direito a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Não obstante, a cultura do “baculejo” persiste, possivelmente em razão de práticas autoritárias estimuladas nas instituições punitivas estatais ao longo do tempo.

No mundo jurídico, a questão tem ganhado destaque a partir de decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça, que tem considerado ilícita a prova obtida por meio de busca pessoal realizada pela polícia, justificada exclusivamente na alegação vaga e subjetiva do agente policial³.

Nesse contexto, ganha relevância o papel desempenhado pelo Ministério Público, instituição de Estado criada no bojo dos ares democráticos que inspiraram a Constituição Federal de 1988, a quem incumbe o dever constitucional de exercer o controle externo da atividade policial, notadamente no que tange à prevenção ou correção de ilegalidade ou abuso de poder.

Nesse cenário, diante da cultura do “baculejo”, questiona-se: qual o papel do controle externo realizado pelo Ministério Público no enfrentamento da seletividade e discriminação, em prol do fortalecimento do Estado Democrático de Direito? Para tanto, propõe-se analisar o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público enquanto função institucional essencial para o enfrentamento da seletividade e discriminação, em prol do fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Com a finalidade de responder ao problema que ora se apresenta, realiza-se pesquisa bibliográfica e documental, realizada nas bases de dados *redalyc* e *google scholar*, com abordagem qualitativa, porque se propõe a compreensão dos fenômenos a partir de um nível de realidade que não pode ser quantificado.

Quanto aos objetivos, a pesquisa possui caráter exploratório e descritivo, porquanto

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº RHC 158.580/BA, 6ª Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Machado Cruz. Brasília, DF, 19 de abril de 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 25 abr. 2022.

busca-se compreender o papel do Ministério Público no controle externo das atuações policiais, como medida de enfrentamento da seletividade e discriminação e fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Quanto ao método empregado, optou-se pelo hipotético-dedutivo, a partir de avaliação da relevância do controle externo da atividade policial por parte do Ministério público como fator de limitação a práticas policiais arbitrárias consistentes em abordagens seletivas e discriminatórias. Em sede de hipótese, vislumbra-se que o papel institucional exercido pelo Ministério Público, no controle externo da atividade policial, é capaz de romper práticas autoritárias e discriminatórias de atuação policial, em benefício do fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho encontra-se dividido em três seções. Na primeira, propõe-se compreender o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público a partir da sua localização no ordenamento jurídico brasileiro. A seguir, realiza-se uma análise do controle social exercido pela atividade policial no Brasil, a partir de uma perspectiva histórica e sociológica, especialmente no que diz respeito às buscas pessoais em decorrência de abordagens policiais sobre indivíduos suspeitos. E, por fim, ganha destaque a função desempenhada pelo Ministério Público dentro do arranjo institucional democrático emoldurado pela Constituição, a partir do controle externo da atividade policial, no sentido de prevenir e coibir práticas autoritárias e discriminatórias de atuação policial.

2 CONTROLE EXTERNO ENQUANTO ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Compreender o papel do Ministério Público (MP) no controle externo da atividade policial demanda, inicialmente, situá-lo dentro do ordenamento jurídico vigente. Assim, nos termos do art. 127, da Constituição Federal de 1988⁴, trata-se de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (BRASIL, 1988).

Para Mazzili (2012, p. 35), o perfil constitucional do MP pressupõe a existência de algumas características que o diferenciam no exercício de sua função essencial no sistema de justiça. Dotado de organização, o Ministério Público se destina a uma finalidade social correspondente ao bem comum. Trata-se, assim, de um órgão do Estado. Portanto, não está vinculado ao governo ou ao Poder Executivo, o que vem reforçado pela

⁴ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

previsão contida no art. 129, X⁵, da CF/1988, que veda expressamente a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (BRASIL, 1988).

Por essa razão, o MP é dotado de algumas garantias especiais que visam assegurar o exercício de suas atribuições em defesa de relevantes interesses da coletividade, como a fiscalização dos Poderes Públicos, a defesa do meio ambiente, do patrimônio público e o controle externo da atividade policial, por exemplo (MAZZILI, 2012).

O tratamento normativo conferido do Ministério Público, nesse contexto, implica reconhecer a assunção de relevantes responsabilidades, atribuídas a essa instituição a partir da ordem jurídica inaugurada com a Constituição Federal, de cariz social e democrática, dentre elas o controle externo da atividade policial⁶.

Estruturalmente concebidas na Constituição Federal, as atribuições dessa instituição democrática foram regulamentadas por meio da legislação infraconstitucional. Nessa medida, a Lei Complementar n.º 75, de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, aplicável de forma subsidiária aos Ministérios Públicos Estaduais, nos termos Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993⁷, preconiza que cabe ao Ministério Público o controle externo da atividade policial (BRASIL, 1993a; 1993b).

Segundo o que orienta a Lei Complementar n.º 75/1993⁸, inspirada pelos valores democráticos cristalizados na ordem constitucional, no exercício do controle externo da atividade policial, o Ministério Público deverá levar em consideração, além da preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público, a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder, além do respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei.

A moldura proposta ao Ministério Público pelo poder constituinte originário, portanto, consagra a noção de que o exercício externo da atividade deve ser orientado pelo

5 IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas;

6 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.

7 Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

8 Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista:

a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei;

b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;

c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder;

d) a indisponibilidade da persecução penal;

e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

fortalecimento da cidadania e pela dignidade da pessoa humana, enquanto fundamentos da República Federativa do Brasil⁹, assim como pela construção de uma sociedade justa, livre e solidária, bem assim pela promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹⁰.

No entanto, é preciso reconhecer que em países que não se livraram completamente da herança colonial de um passado ancorado em uma economia escravagista, como é o caso do Brasil, onde os avanços e as conquistas sociais ocorrem lentamente. Nesse cenário, para enfrentar a desorganização decorrente dos níveis abissais de desigualdade social e, assim, tentar manter a ordem, os Estados se valem, preferencialmente, do direito penal (FERRAJOLI, 2015, p. 8).

Segue, assim, a importância de os organismos policiais estarem sujeitos à efetiva fiscalização do Ministério Público, diante da existência de múltiplos mecanismos de equilíbrio dos poderes estatais, dentro de um Estado Democrático de Direito. Isso não quer dizer, contudo, que a atividade policial esteja subordinada ao poder disciplinar do Ministério Público. No entanto, em razão de a polícia exercer uma função administrativa de natureza auxiliar às funções exercidas pelo Ministério Público, especialmente no que diz respeito à persecução penal, cabe a esta instituição exercer uma função correccional extraordinária, que coexiste com a atividade correccional ordinária inerente à hierarquia administrativa própria do órgão policial (GARCIA, 2015, p. 369).

Ao estudar o direito contemporâneo a partir do pensamento desenvolvido por Franz Neuman, Rodriguez (2009, p. 27-28) aponta para o fato de que o potencial emancipatório do direito reside na sua possibilidade de controlar o poder, que apenas encontrará condições de efetividade no âmbito do Estado Democrático de Direito. Assim, não se admite que as mais variadas formas de manifestação do poder, seja político, econômico, militar, social, cultural ou simbólico se utilizem do direito como mero instrumento de seus específicos interesses. Ou seja, para o referido autor, caso isso ocorra concretamente, em dada ordem normativa, o Estado de Direito não se fará presente.

Isto porque, essa característica do Estado de Direito de enquadrar e impor vínculos e constrangimentos, faz com o que o poder aja, tendencialmente, a procurar rotas de fuga do direito com a finalidade de evitar o controle social e, com isso, tomar decisões

9 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II – cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

10 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

de maneira autárquica, o que viabiliza a condução unilateral de suas ações (RODRIGUEZ, 2009, p. 28).

Nesse sentido, exercer o controle estatal sobre as agências punitivas que detêm o uso autorizado da força para garantir a manutenção da segurança pública é tarefa da mais alta relevância, que envolve a atuação efetiva dos sistemas de freios e contrapesos existentes no arranjo institucional brasileiro, a fim de que se estabeleçam balizas seguras ao exercício da atividade policial, impondo-lhe vínculos e constrangimentos que inibam o uso da violência estatal para além dos limites constitucionalmente delimitados, em um Estado Democrático de Direito.

O assunto ganha especial relevância no contexto da abordagem policial, que pode ser definida como o encontro havido entre o agente policial e o indivíduo por ele interpelado, motivado pela fundada suspeita, a qual é estabelecida a partir de padrões técnicos ou discricionários. (ANUNCIACÃO; TRAD; FERREIRA, 2020, p. 03).

A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sobretudo a partir do ano de 2022, traz luzes ao debate acerca da prática das buscas pessoais, arraigada nas corporações policiais. Nessa medida, aponta que as buscas pessoais decorrentes de abordagens policiais que não observam os limites à discricionariedade legal desbordam para uma atuação arbitrária e seletiva e, por consequência, incompatível com direitos fundamentais consagrados na Constituição. Com isso, denota-se que tais práticas extrapolam os contornos normativos, que conferem legalidade e legitimidade às finalidades das buscas pessoais realizadas pela polícia, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Com efeito, no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n.º 158580/BA, publicado em 25 de abril de 2022, o STJ destacou que a busca pessoal sem mandado judicial não se limita a demandar que a prévia suspeita seja fundada, nos termos do art. 244, do Código de Processo Penal¹¹. Exige-se, ainda, que tal medida invasiva esteja vinculada à sua finalidade legal probatória, consistente em indícios concretos de que o indivíduo esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Nesse sentido, ressalta que a legislação de regência não autoriza buscas pessoais como prática rotineira de policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, senão como medida que se vincule à sua finalidade probatória, mediante correlata motivação, sob pena de resultar na ilicitude das provas produzidas em consequência da medida (BRASIL, 2022).

Importante registrar, ainda, que a mencionada decisão elencou três razões principais para que se exijam elementos objetivos, sólidos e concretos para a realização das buscas

11 Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

personais que permitam ultrapassar o *standard* probatório lastreado apenas no subjetivismo do agente policial. São elas: a) vedar o uso excessivo desse expediente, que tem o potencial de restringir de forma desnecessária direitos fundamentais como a liberdade, a intimidade e a privacidade; b) permitir a investigação e o controle dessa prática invasiva, o que se torna inviável quando a prática envolve apenas aspectos subjetivos e não demonstráveis empiricamente; c) impedir a repetição de práticas que reproduzem preconceitos atavicamente arraigados na sociedade brasileira (BRASIL, 2022).

No arcabouço institucional brasileiro, cabe ao Ministério Público o exercício do controle externo da atividade policial, que deverá levar em consideração a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder. Nesse lugar, o MP ocupa posição central frente ao desafio de evitar práticas atentatórias aos direitos fundamentais e ao regime democrático. Isso porque, como titular da ação penal pública, instrumentaliza uma das formas mais violentas do Poder do Estado. No entanto, para o exercício responsável dessa função, depende da higidez das provas produzidas em decorrência das buscas pessoais realizadas pela polícia.

Para Ferrajoli (2015, p. 15), por cultura jurídica compreende-se, inicialmente, o conjunto de saberes jurídicos construídos em determinado momento da história por juristas e filósofos do direito. Em segundo lugar, o complexo ideológico dos operadores do direito que vincula o modo de pensar do próprio direito. Por fim, entende-se por cultura jurídica o senso comum acerca do direito e dos institutos jurídicos que operam em determinada sociedade.

Nesse sentido, destaca-se que o poder conferido às polícias no Brasil, desde os tempos coloniais, passando pelo período da 1ª República até a ditadura militar, dá mostras de que atividade policial, na sua prática cotidiana, sobretudo por meio de busca pessoal em decorrência de abordagem policial nas ruas, também denominada “baculejo”, “geral”, “revista”, “dura” ou “enquadro”, sempre foi legitimada pelo poder oficial, o que será objeto de análise na seção seguinte.

Tensionar a cultura jurídica que historicamente sustenta a validade das provas produzidas por meio de abordagens policiais arbitrárias, portanto, é função diretamente vinculada às atribuições constitucionais do Ministério Público no Estado Democrático de Direito. Com razão, a manutenção de abusos ou práticas arbitrárias revela-se incompatível com valores democráticos consagrados na Constituição Federal, dos quais procuram rotas de fuga com a finalidade de escapar dos limites impostos pelas instâncias de controle.

Neste particular, pretende-se contrastar a prática jurídica do senso comum da busca pessoal realizada pela polícia, com a perspectiva ideológica do direito que compreende a função essencial do direito penal enquanto instrumento necessário ao estabelecimento

de limites ao poder punitivo, em que o Ministério Público figura como instituição de destacado protagonismo no arranjo institucional brasileiro.

Para tanto, empenha-se em analisar o exercício da atividade policial no Brasil a partir de uma perspectiva histórica e sociológica e, assim, contribuir para compreensão do papel desempenhado pelas buscas pessoais decorrentes de abordagens policiais para o controle social da população marginalizada, as quais evidenciam prática seletiva e discriminatória. É o que se propõe a seguir.

3 ABORDAGEM POLICIAL E CONTROLE SOCIAL: ENTRE DEVERES INSTITUCIONAIS E EXCESSOS ARBITRÁRIOS

O âmbito de atuação do controle social é amplo, e é operacionalizado em variadas dimensões, não apenas por meio do controle punitivo, uma vez que a família, a escola, a religião, os meios de comunicação e demais instituições sociais exercem significativa influência no comportamento das pessoas sem que sejam percebidos enquanto instâncias de controle. Todavia, é inegável o controle social exercido pelo direito penal a partir das agências do sistema de justiça criminal (D'ELIA FILHO, 2021, p. 29).

Nesse sentido, a busca pessoal, por meio da abordagem policial assume contornos de mecanismo de controle social, e é caracterizada como uma das expressões ou manifestações mais evidentes e violentas do exercício do controle punitivo estatal. Isto porque submete qualquer pessoa à sujeição da discricionariedade policial em prejuízo do direito à intimidade, à privacidade ou à liberdade de locomoção. As prisões para averiguação revestem-se, portanto, de verdadeiro poder de vigilância disciplinar, de uso rotineiro, em que se restringe direitos e garantias constitucionais, sobretudo nas áreas carentes (D'ELIA FILHO, 2021, p. 30).

Contudo, Andrade (2015, p. 269) enfatiza que a clientela das abordagens policiais é composta majoritariamente por pessoas pobres. Nessa medida, o debate acerca da prática do “baculejo” e do controle social que essa prática exerce sobre os indivíduos deve enfrentar o racismo enraizado nas estruturas sociais, políticas e econômicas brasileiras desde o período colonial.

Com razão, Schwartz (2019, p. 26) pontua que a história não é bula de remédio, tampouco produz efeitos imediatos. Todavia, esclarece que a sua exata compreensão contribui para tirar o véu do espanto e colabora para construção de um debate crítico acerca do passado, do presente e do sonho de futuro.

No período imperial, especificamente no século XIX, o número de pessoas livres e pobres aumentou continuamente, sobretudo em razão do crescimento populacional, das crises cíclicas da economia, dos conflitos políticos e até mesmo em decorrência de

desastres climáticos. Para essas pessoas, as cidades apareciam como uma possibilidade de garantir a sobrevivência a partir de uma oportunidade de trabalho ou obtenção de auxílio de instituições de caridade. No entanto, os indivíduos pobres e livres sofriam a concorrência dos escravos, assim como eram reduzidas as oportunidades de trabalho. Desse modo, as cidades começam a crescer de forma desordenada, de modo que, na visão dos mais abastados, os centros urbanos eram percebidos como espaços ocupados por pessoas perigosas, ladrões, mendigos e desocupados. (KOERNER, 1999, p. 31).

Essa nova configuração que vai se formando na sociedade brasileira, particularmente nas cidades, vai exigir novas medidas de intervenção estatal para manutenção da ordem e, por consequência, da estrutura hierarquizada da sociedade. Nesse sentido, a polícia passa a ocupar posição de especial relevância, uma vez que a ela são atribuídas as funções de processar e julgar pequenos delitos. Nesse domínio, as autoridades policiais exerciam um poder absoluto, de modo que se abriam amplos espaços de arbítrio na atuação policial (KOERNER, 1999, p. 34).

Sob a perspectiva da questão racial, destaca-se que foi com a abolição da escravatura que o *status* jurídico do negro foi alterado de coisa, objeto, propriedade, e passou à condição formal de sujeito de direitos. De força de trabalho no sistema escravagista, o negro passa a oferecer seu labor na incipiente economia capitalista. No entanto, a formação e identificação desse grupo como classe trabalhadora foi interdita pelo incremento da imigração e a transição da mão de obra escrava para a assalariada (BORGES, 2021, p. 63-81).

Nesse cenário, o sistema de justiça criminal, especialmente a polícia, desempenha papel central no controle social sobre a população marginalizada, sobretudo os negros. Afinal, “qual é o indivíduo sem ocupação em uma sociedade que branqueou a força de trabalho livre?” (BORGES, 2021, p. 84). Assim, a criminalização de condutas como “vadiagem” ou “capoeiragem” oferece a senha necessária para justificar a repressão da polícia contra os negros e pobres nas cidades brasileiras.

Com razão, Borges (2021, p. 86) afirma que, a despeito de a sociedade acreditar que o sistema de justiça criminal tenha sido concebido para assegurar a aplicação da lei penal em benefício do convívio social, o fato é que, nestes termos, trata-se de um sistema repressivo que cria previamente o alvo que pretende reprimir. Importante debater, nesse sentido, qual o papel que a polícia tem assumido na sociedade contemporânea e, principalmente, no modelo constitucional de cariz democrático.

Cumpre registrar que a transição democrática, marcada pela promulgação da Constituição de 1988, não se estendeu à segurança pública. Isto porque a arquitetura institucional das polícias, herdada sem alterações da ditadura militar, é incompatível com as demandas de uma sociedade complexa e com as exigências de um Estado Democrático de Direito (SOARES, 2019, p. 25).

Assim, se o objetivo central da instituição policial deveria ser a proteção dos direitos fundamentais, a prática reiterada do “baculejo” revela, na prática, um movimento contrário por parte das agências punitivas. Entre elas, destaca-se a polícia, que se vale de uma medida processual para obtenção de prova, como a busca pessoal, com finalidade diversa e não admitida no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja: a prevenção criminal.

É preciso ter em conta que, ao tornar a sociedade refém de seus medos, em decorrência da sensação de insegurança disseminada pelos meios de comunicação, propaga-se a ideia de que o inimigo pode atacar a qualquer momento. Como consequência, a adoção de medidas “preventivas”, que excepcionam o Estado de Direito, como toques de recolher, invasão noturna de residências ou prisões para averiguações passam a ser implementadas, ao arrepio da lei (ALMEIDA, 2020, p. 120).

Ocorre que as medidas preventivas de prisões para averiguação apartam-se da configuração estabelecida pelo Estado Democrático de Direito, e se aproximam do estado de exceção, que se caracteriza por um estado de anomia dentro do qual ato e potência não se encontram, em que o que está em evidência é uma força de lei sem lei (AGAMBEN, 2004, p. 61).

Essa ideia se aplica aos casos de “baculejo” ou “batida policial”, que se desenvolvem à margem dos limites legais. Cumpre assinalar que o art. 244, do Código de Processo Penal (CPP) autoriza a busca pessoal apenas em situações de fundada suspeita (circunstância antecedente), com a finalidade probatória (circunstância posterior). Na prática, porém, noticia-se que a polícia utiliza tal instrumento processual de forma pervertida, com finalidade preventiva e motivação exploratória. Nessas circunstâncias, Wanderley (2017, p. 2) aduz que as polícias exercem um poder de coerção virtualmente absoluto, que permite a revista de qualquer pessoa no espaço público urbano, independente de fundada suspeita, sem que o cidadão possa opor resistência às determinações dos agentes policiais.

As repercussões práticas das revistas abusivas, porém, não se limitam às restrições aos direitos fundamentais de privacidade, intimidade e liberdade. O uso arbitrário de busca pessoal por meio de abordagens policiais tem implicações concretas no sentido de incrementar a saturação do sistema penitenciário nacional. Segundo sugere Soares (2019, p. 27), a expansão das taxas de encarceramento remete à conjugação e combinação de fatores como a estrutura organizacional da polícia, a adoção de políticas públicas seletivas e a vigência da lei de drogas, que potencializa a atividade discricionária da atividade policial.

Outrossim, a associação entre a política criminal de combate às drogas e o fenômeno do encarceramento em massa não se limita ao território brasileiro. Problemática

semelhante é enfrentada nos Estados Unidos. Para Alexander (2018, p. 112-114), na concepção advinda da guerra às drogas, levada a efeito nesse País, o exercício da discricionariedade policial não encontra limites, uma vez que qualquer pessoa pode ser parada e revista, independentemente de estar envolvida em atividade criminosa ou em atitude suspeita. Conquanto que a pessoa “consinta”, poderá ser parada, revista e interrogada. Fala-se, nesse contexto, de uma exceção às garantias fundamentais, causada pela guerra às drogas.

No Brasil, a máquina policial compreende a cobrança por resultados como sinônimo de produtividade mensurada pela quantidade de prisões efetuadas, e não pela redução da violência ou resolução de problemas. Operacionalizada por meio dessa lógica, resta ao soldado patrulhar em busca do flagrante e capturar o suspeito.

No entanto, a procura do flagrante é realizada por meio das abordagens policiais direcionadas ao socialmente vulnerável. Com isso, vislumbra-se uma predeterminação das características do sujeito vulnerável à abordagem policial. Assim, do mesmo modo que a elucidação dos crimes de colarinho branco depende da condução da investigação no sentido de rastrear o caminho percorrido pelo dinheiro, a compreensão do fenômeno da criminalização da pobreza, no Brasil, demanda a identificação das etapas do patrulhamento ostensivo da polícia militar em busca do flagrante (SOARES, 2019, p. 37).

O “baculejo” é realizado, assim, em um contexto de exclusão e controle social exercido pelas polícias, por meio de uma atuação estatal punitiva, de fiscalização e de controle. Com isso, submete a população mais vulnerável a uma revista pessoal que, longe de prevenir a prática de crimes, interdita a livre ocupação do espaço público por um segmento específico da população, o que evidencia prática incompatível com o ambiente democrático.

Contudo, a redução da margem de arbítrio no poder de seleção e coerção exercido pelas polícias, no momento da abordagem policial, passa, necessariamente, pelo efetivo controle de suas práticas, com vistas a assegurar o respeito às garantias constitucionais (WANDERLEY, 2017, p. 02). Isso porque a prática policial do “baculejo” tem repercussões significativas no processo penal, especialmente nas situações que envolvem estado de flagrância, em virtude do espaço de fala dos policiais, na condição de agentes públicos, do que resulta, potencialmente, a condenação criminal de inúmeras pessoas a partir da abordagem policial inicial, ainda que esta ocorra ao arpejo da lei.

Nesse ponto, e conforme alertam Levitsky e Ziblatt (2018, p. 81), importa enfatizar que a erosão da democracia não ocorre de forma abrupta, mas de maneira gradativa, por meio de pequenos passos que, tomados isoladamente, pareceriam insignificantes e, assim, inofensivos à democracia.

Contudo, a naturalização das violações a direitos fundamentais que ocorrem a partir

das abordagens seletivas efetuadas pela polícia, havidas sem a existência de fundada suspeita, submetem qualquer cidadão ao arbítrio do Estado, frente a uma forma de violência estatal sem controle ou fiscalização, que coloca em risco a democracia e o próprio Estado de Direito. Nessa medida, faz-se necessário compreender as nuances dos limites normativos suficientemente fortes, com a finalidade de constringer o poder punitivo que caracteriza a conduta do “baculejo”, popularizada no Brasil.

Para tanto, é preciso refletir acerca de um controle mais rigoroso da atividade policial, cujas práticas devem se ajustar às normas constitucionais, no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro. Com esse propósito, pretende-se analisar, na sequência, a função desempenhada pelo Ministério Público dentro do arranjo institucional democrático emoldurado pela Constituição, a partir do controle externo da atividade policial, particularmente nos casos que envolvem buscas pessoais realizadas pela polícia.

4 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE EXTERNO DAS ABORDAGENS POLICIAIS: DA SELETIVIDADE E DISCRIMINAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal é caracterizada por sua inspiração democrática. Promulgada após um período de mais duas décadas de ditadura militar, reafirmou o compromisso com o respeito à pluralidade e à dignidade da pessoa humana, assim como pactuou o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e igualitária, e de eliminar toda forma de discriminação. De tão generosa em estabelecer e garantir direitos fundamentais, recebeu a alcunha de Constituição Cidadã.

Nessa perspectiva, Semer (2021, p. 171) aponta para o fato de que a concepção do Estado Democrático de Direito, na Constituição de 1988, foi estruturada a partir de quatro pilares fundamentais: a) expansão de direitos fundamentais, que estabelecem garantias negativas para o exercício do poder estatal em face do cidadão; b) conformação do Estado Social, por meio do estabelecimento de prestações positivas dirigidas ao Estado com a finalidade de promover a redução de desigualdades; c) perspectiva democrático-constitucional e supremacia da dignidade humana como norma de referência; d) adesão ao sistema internacional de direitos humanos.

Com esse paradigma democrático, a Constituição Federal estruturou a forma estatal a partir de instituições responsáveis pela manutenção desse modelo, o que pressupõe o estabelecimento de vínculos recíprocos de limitação de poder. Daí porque, lembra Tavares (2021, p. 158), ser necessário resgatar a compreensão de que a democracia é uma forma social que busca a contenção do poder, e que os direitos fundamentais constituem o cerne dessa limitação.

A relação estreita entre democracia e limitação de poder, mediada pela prevalência da dignidade humana, portanto, reclama a atuação dos atores jurídicos em conformidade com esses valores, sob pena de práticas estatais autoritárias manterem-se à margem das instâncias de controle e, por consequência, da ordem constitucional vigente.

Nessa perspectiva, Tavares (2021, p. 159) assinala que, em uma democracia, o direito penal não se presta à proteção de bens jurídicos, mas sim a “limitar normativamente o poder”, que se revela, ao longo da história, arredio a constrangimentos jurídicos. A importância de instituições responsáveis pela fiscalização do cumprimento da ordem jurídica, portanto, revela-se fundamental para a manutenção das vigas democráticas assentadas no texto constitucional.

Nesse sentido, Casara (2019, p. 113-114) alerta que a realização da democracia pelos atores sociais, sobretudo os atores jurídicos, depende da compreensão de que o sistema de justiça criminal expressa relações de poder, e que a ausência de limites ao poder corresponde à essência da dimensão política do Estado Pós-democrático. Com base nessa compreensão, torna-se possível identificar elementos, práticas e discursos afetados à cultura jurídica autoritária. A dimensão política conferida ao sistema de justiça criminal, portanto, é que irá determinar o seu funcionamento real, o qual orientará as ações das agências punitivas a partir de paradigmas democráticos ou seletivos, isonômicos ou classistas, sexistas, racistas, etc.

No caso do baculejo, a busca pessoal decorrente da abordagem seletiva e discriminatória solapa a livre circulação do espaço público, compromete o direito de ir e vir em tempos de paz, bem como viola o direito à intimidade e à privacidade. Vislumbra-se, assim, o descompasso entre as ações da polícia, enquanto manifestação prática de política autoritária, e a dimensão política de Estado, orientada por valores democráticos, previstos na Constituição Federal de 1988.

Goulart (2013, p. 180) recorda que, durante a ditadura militar, os órgãos de segurança pública desempenharam relevante papel na repressão contra opositores políticos, por meio da utilização de métodos violentos de controle e intimidação. Com o aprofundamento do regime de exceção, o aparato de segurança acomodou-se nas estranhas do Estado sem qualquer espécie de controle ou fiscalização.

Todavia, esse estado de coisas não pode persistir no interior de um Estado Democrático de Direito, que pressupõe a concretização de direitos fundamentais e a fiscalização do poder estatal. Nesse cenário, a existência de polícia política ou a prática de métodos violentos de investigação é incompatível com o regime democrático brasileiro. Tampouco justifica-se, em ambiência democrática, a existência de órgãos estatais imunes à controle e fiscalização. Daí porque, no contexto histórico de resgate de valores democráticos, a Constituição Federal de 1988 atribuiu como função essencial ao Ministério

Público o controle externo da atividade policial (GOULART, 2013, p. 180).

Com as responsabilidades que lhe atribuem a Constituição na seara penal, cabe ao Ministério Público exercer, de um lado, a constante vigília pela defesa do princípio da legalidade, no sentido de controlar a intervenção penal que limita os excessos verificados nas interações sociais. E de, de outro, defender os princípios próprios do Estado Social e Democrático de Direito. Nesse sentido, Busato (2018, p. 135) sustenta que a atuação do Ministério Público não mais se restringe à fiscalização da correta aplicação da lei, mas também é afetada pelo direcionamento em favor da igualdade material.

Nessa medida, Valério e Seguro (2018, p. 252-253) destacam a necessidade de compreender a atuação do Ministério Público em sintonia com os propósitos constitucionais vigentes. Para tanto, no que diz respeito à segurança pública, vislumbra a necessidade de uma revisão crítica da atividade estatal, sob duas frentes. A primeira, por meio da adequação da dimensão repressiva do Estado, representada pela polícia, a uma orientação com viés democrático. Vale dizer, a polícia deve atuar em favor do respeito do direito e das garantias fundamentais de toda população, independentemente de raça, cor, origem ou classe social. A segunda, com foco na ampliação da noção de segurança pública que ultrapasse a perspectiva exclusivamente repressiva, para abranger a afirmação e a concretização dos direitos humanos na vida em sociedade.

No entanto, observa-se que a atuação prática do Estado brasileiro limita a noção de políticas de segurança pública apenas à dimensão da repressão criminal ou à atuação da justiça criminal. Por outro lado, um conceito mais amplo e democrático de segurança pública engloba a perspectiva da concretização de direitos sociais, a partir dos quais se possibilitará o convívio social em uma sociedade justa, livre e igualitária, os quais representam os objetivos maiores da ideia de segurança pública. Assim, se o crime, enquanto fenômeno social, agride a segurança pública, não é menos correto compreender-se que a negativa de direitos fundamentais à parcela significativa da população também representa agressão incontestável à segurança pública (VALÉRIO; SEGURO, 2018, p. 251-252).

Nessa perspectiva, enquanto um dos principais atores do sistema de justiça criminal, o Ministério Público deve garantir o respeito aos paradigmas do modelo democrático e republicano, no exercício de suas atribuições institucionais. No âmbito penal, fatores sociais devem servir de filtro interpretativo para o efetivo controle externo da atividade policial, especialmente em relação às buscas pessoais arbitrárias realizadas pela polícia, que atingem de forma seletiva os jovens, os negros e as pessoas em situação de maior vulnerabilidade social. Com efeito, essa prática estatal contraria os valores democráticos e malferem os princípios da pluralidade, da dignidade humana e da igualdade.

Democracia e limitação de poder, portanto, são conceitos que se materializam na in-

teração do controle externo da atividade policial realizado pelo Ministério Público com o caráter essencial do MP à função jurisdicional do Estado.

Segundo Goulart (2013, p. 180), a função de controle da atividade policial é orientada pelos princípios de eficiência e do respeito à dignidade da pessoa humana, e tem como objetivos gerais: a) integração entre as polícias e o Ministério Público; b) a prevenção e a correção de irregularidades associadas à atividade policial; c) o aperfeiçoamento da persecução penal, inclusive a superação de falhas no que diz respeito à produção probatória; d) respeito aos direitos e garantias fundamentais.

É nesse contexto que se impõe a premência do estabelecimento de rigoroso mecanismo de controle em relação a práticas policiais seletivas e discriminatórias, especialmente quanto aos critérios de abordagem. Vislumbra-se, assim, que esse controle pode e deve ser realizado, como esforço necessário de atuação institucional por parte do Ministério Público.

Para tanto, deve-se ir além de uma atuação pontual e isolada de cada promotoria de justiça criminal que, ao procurar romper com a angústia de ter seu trabalho pautado exclusivamente pela polícia, analisa criteriosamente os autos da prisão flagrante lavrados em decorrência da busca pessoal realizada de forma seletiva e discriminatória. Embora louvável, essa postura tem alcance limitado no desafio de romper o paradigma da seletividade da abordagem policial para avançar no modelo democrático que afirma a dignidade humana.

Nessa perspectiva, destaca-se a proposta de Valério e Seguro (2018, p. 263-265), que ressalta a necessidade de o controle externo da atividade policial ser exercido por Promotores de Justiça Especializados, detentores de conhecimentos específicos na área de segurança pública e de policiamento, e que estejam atentos à realidade social por meio de dados e indicadores. Devem assumir, ainda, responsabilidades no sentido de promover a mediação entre órgãos estatais e a sociedade civil, com vistas a aperfeiçoar as políticas de segurança em seu sentido mais amplo, o que exige uma postura reflexiva, proativa e resolutiva da instituição.

Dito de outra maneira, a efetiva contribuição do Ministério Público no controle externo da atividade policial, especialmente no que diz respeito às buscas pessoais decorrentes de abordagens policiais seletivas e discriminatórias, demanda o fortalecimento de um modelo institucional atento à realidade social que o circunda, e que esteja em consonância com as responsabilidades democráticas que lhe foram conferidas pela ordem constitucional brasileira.

5 CONCLUSÃO

Constata-se, em sede de resultados, que o Ministério é uma instituição de Estado permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe, constitucionalmente, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, dentre as atribuições que lhe são conferidas para o cumprimento de suas funções, encontra-se o controle externo da atividade policial.

Em paralelo, observa-se a ocorrência cotidiana de práticas policiais autoritárias, representativas de um passado institucional marcado pela opressão, e que ainda se encontram arraigadas nas estruturas punitivas das agências estatais. Nesse contexto, verifica-se que os “baculejos” são buscas pessoais invasivas e atentatórias a direitos fundamentais decorrentes de abordagens realizadas pela polícia, que configuram uma atuação estatal de caráter seletivo e discriminatório. Logo, corrompem o Estado Democrático de Direito, assim como evidenciam uma prática de controle social contra parcela da população mais vulnerável, do que resulta a criminalização da pobreza.

Constata-se, ainda, que o controle externo da atividade policial por parte do Ministério Público deve levar em consideração o modelo de Estado democrático, de cariz social, previsto na Constituição. Nesse sentido, a segurança pública não deve ser compreendida apenas pela dimensão da repressão criminal, mas também por um horizonte mais amplo de perspectiva, que contemple a necessidade de concretização de direitos sociais.

Para tanto, conclui-se que o MP deve contribuir ativamente para uma revisão crítica da atividade estatal, em prol de uma atuação policial orientada pelo e para o viés democrático. Com isso, vislumbra-se o favorecimento de ações policiais voltadas para o respeito ao direito e às garantias fundamentais de toda população, independentemente de raça, cor, origem ou classe social.

Outrossim, o controle externo exercido pelo Ministério Público deve favorecer a ampliação da noção de segurança pública, para além de um olhar exclusivamente repressivo, em prol da afirmação e concretização dos direitos humanos na vida em sociedade. Isto porque, um conceito mais amplo e democrático de segurança pública engloba a perspectiva da concretização de direitos sociais, a partir dos quais se possibilitará o convívio social em uma sociedade justa, livre e igualitária.

Ademais, constata-se que a função de controle da atividade policial exercida pelo MP deve ser orientada pelos princípios de eficiência e do respeito à dignidade da pessoa humana, e direcionada aos objetivos gerais de integração entre as polícias e o Ministério Público; prevenção e correção de irregularidades associadas à atividade policial; aperfeiçoamento da persecução penal; e respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Nesses moldes, o mecanismo de controle deve averiguar a presença de um caráter seletivo e discriminatório nas práticas policiais, em especial nos critérios de abordagem. Ademais, deve ser exercido por Promotores de Justiça Especializados, detentores de conhecimentos específicos na área de segurança pública e de policiamento, atentos à realidade social mediante a interpretação de dados e indicadores pertinentes.

De forma complementar, conclui-se que tais profissionais devem promover ainda a mediação entre órgãos estatais e a sociedade civil, por intermédio de uma postura reflexiva, proativa e resolutiva, com vistas a aperfeiçoar as políticas de segurança em seu sentido mais amplo.

Desta feita, verifica-se que a relevância constitucional do Ministério Público no controle externo da atividade policial deve contribuir para a configuração dos tensionamentos institucionais necessários ao rompimento de práticas policiais que não se coadunam com os objetivos de promover uma sociedade livre de qualquer tipo de preconceito, e que seja justa, livre e solidária.

Nesses moldes, a correção e prevenção de abusos verificados em decorrência de buscas pessoais seletivas e discriminatórias realizadas pela polícia depende de um modelo de Ministério Público de cariz democrático, na seara criminal, que balize suas ações de fiscalização e controle em consonância com o mandamento constitucional que lhe foi outorgado, e que leve em consideração fatores sociais como filtro interpretativo da ação policial.

Nessa medida, conclui-se que o papel do controle externo realizado pelo Ministério Público no enfrentamento da seletividade e discriminação, deve prestigiar não apenas a preservação da ordem pública e a indisponibilidade da persecução penal, mas, sobretudo, a prevalência da dignidade humana enquanto vetor de orientação da conduta dos agentes estatais, bem como a prevenção e a correção de ilegalidade ou abuso de poder a partir de uma perspectiva mais ampla da noção de segurança pública, compatível com os contornos inerentes ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

EXTERNAL CONTROL OF POLICE ACTIVITY IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW: AN ANALYSIS OF THE ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE REGARDING SELECTIVE AND DISCRIMINATORY POLICE APPROACHES

ABSTRACT

In their activities, state punitive agencies carry out personal searches resulting from police approaches. However, it is possible to see the selective and discriminatory cha-

racter of these actions that are dedicated to performing social control over the vulnerable population. So, what is the role of external control carried out by the Public Ministry in confronting selectivity and discrimination? It is a bibliographic, documentary research, with a qualitative approach. In terms of results, the relevance of the role played by the Public Ministry in the external control of police activity is confirmed, in order to break the authoritarian and discriminatory practices of police action, for the benefit of the strengthening of the Democratic State of Law.

Keywords: public prosecutor's office; police approach; external control of police activity; democratic state of law.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. São Paulo: Boitempo, 2018.

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Jandaíra, 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança pública: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANUNCIAÇÃO, Diana; TRAD, Leny Alves Bonfim; FERREIRA, Tiago. “Mão na cabeça!”: abordagem policial, racismo e violência estrutural entre jovens negros de três capitais do nordeste. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 1-13, 2020. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-12902020190271>.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Jandaíra, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº RHC 158.580/BA, 6ª Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Machado Cruz. Brasília, DF, 19 de abril de 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 25 abr. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília.

BUSATO, Paulo César. Atuação penal do Ministério Público. Necessidade de uma aproximação a partir da defesa do Regime Democrático. In: GOULART, Marcelo Pedroso; ESSADO, Tiago Cintra; CHOUKR, Fauzi Hassan; OLIVEIRA, William Terra de (org.). **Ministério Público: pensamento crítico e práticas transformadoras.** Belo Horizonte: D'plácido, 2018. p. 131-151.

CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis.** 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas.** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX.** São Paulo: Saraiva, 2015. Organização e tradução: Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

KOERNER, Andrei. **Habeas-corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920).** São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1999.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Tradução: Renato Aguiar.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Tradução de: Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neuman.** São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHWARTZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SEMER, Marcelo. **Os Paradoxos da Justiça: judiciário e política no Brasil.** São Paulo: Contracorrente, 2021.

SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar: segurança pública e direitos humanos.** São Paulo: Boitempo, 2019.

TAVARES, Juarez. **Crime: crença e realidade.** Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

VALÉRIO, Eduardo Ferreira; SEGURO, Patrícia Salles. **Controle externo da atividade**

policial e segurança pública: o ministério público na busca da efetividade. *In*: GOU-LART, Marcelo Pedroso; ESSDADO, Tiago Cintra; CHOUKR, Fauzi Hassan; OLIVEIRA, William Terra de (org.). **Ministério Público**: pensamento crítico e práticas transformadoras. Belo Horizonte: D'plácido, 2018. p. 249-265.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Entre a lei processual e a praxe policial: características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2017, n. 128, p. 115-149, fev. 2017.

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL
(ANPC) COMO UMA FERRAMENTA DE BUSCA
DO INTERESSE PÚBLICO: UMA ANÁLISE
JURÍDICA À LUZ DO PACOTE ANTICRIME E DA
LEI 14.230/2021

*ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND THE CIVIL
NON-PROSECUTION AGREEMENT (CNPA) AS A PUBLIC
INTEREST SEARCH TOOL: A LEGAL ANALYSIS
ACCORDING TO THE ANTI-CRIME PACKAGE AND
LAW 14.230/2021*

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL (ANPC) COMO UMA FERRAMENTA DE BUSCA DO INTERESSE PÚBLICO: UMA ANÁLISE JURÍDICA À LUZ DO PACOTE ANTICRIME E DA LEI 14.230/2021¹

ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND THE CIVIL NON-PROSECUTION AGREEMENT (CNPA) AS A PUBLIC INTEREST SEARCH TOOL: A LEGAL ANALYSIS ACCORDING TO THE ANTI-CRIME PACKAGE AND LAW 14.230/2021

Maria Fernanda Santos Sugahara²

Mariana Osterne Leite de Moura³

Tailândia Teodoro Aguiar⁴

Yeline Lobo de Freitas⁵

RESUMO

O artigo analisa a improbidade administrativa sob o aspecto jurídico, tendo por base a Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.429/92, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa. Discute-se a pertinência do Acordo de Não Persecução Cível – ANPC, mencionado pelo legislador no Pacote Anticrime, como instrumento de autocomposição que vem implementando ressarcimento ao erário. Destaca-se que antes do Pacote Anticrime, o referido instrumento já vinha sendo realizado pelo Ministério Público,

¹Data de Recebimento: 16/08/2022. Data de Aceite: 10/11/2022.

² Advogada licenciada, assessora jurídica da 1ª Promotoria de Justiça de Combate aos Crimes Contra a Ordem Tributária de Fortaleza, bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza, especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional *Lato Sensu* pela Universidade Estadual do Ceará, cursando pós-graduação em Direito Digital e Compliance e Privacidade e Proteção de Dados, ambas pela UniAmérica Descomplica Centro Universitário, e-mail: sugaharamf@gmail.com, currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7950315261632620>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6305-9614>.

³ Advogada, Costa & Brito advocacia, bacharela em Direito pela UniChristus, especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional *Lato Sensu* pela Escola Superior do Ministério Público (ESMP/UECE), e-mail: maria-naosterne@hotmail.com, ID Lattes 3287121896603552, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3772-3937>.

⁴ Advogada licenciada, estagiária de pós-graduação do Ministério Público do Estado do Ceará, especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional *Lato Sensu* pela Escola Superior do Ministério Público (ESMP/UECE), bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará, cursando pós-graduação em Direito Processual Penal no Centro Universitário FAEL, e-mail tailandiateodoro@gmail.com, currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5025300343166574>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5123-4219>.

⁵ Especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional *Lato Sensu* pela Escola Superior do Ministério Público (ESMP/UECE), bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), currículo lattes <http://lattes.cnpq.br/2543336642736682>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6733-9549>.

por meio da Res. 179/17 do CNMP. Advento da Lei 14.230/21 que trouxe disposições que haviam sido vetadas à época da Lei 13.964/19. Metodologicamente, optou-se por pesquisa bibliográfica e documental em obras nacionais, bem como o estudo de leis e de jurisprudência. Por fim, analisa-se o procedimento legal para o ANPC, previsto na Lei 14.230/21. Conclui-se que o ANPC é um importante instrumento para o Ministério Público na resolução das demandas de improbidade em todas as fases de sua apuração.

Palavras-chave: improbidade; acordo de não persecução cível; procedimento.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história do Brasil, alteraram-se as formas de governo, os sistemas políticos e os modelos de maior ou menor participação popular, mas as práticas de atos ímprobos continuaram assolando a Administração Pública. No entanto, o combate à improbidade administrativa avançou por meio de mecanismos legais que imprimem maiores exigências à conduta da figura do administrador público, tais como o princípio constitucional da moralidade e o da eficiência, este último adicionado à Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, bem como os trâmites a serem seguidos para as contratações públicas estabelecidos pela Lei nº 8.666/1993 e pela Lei nº 13.133/2021.

Neste íterim de mecanismos legais de controle da Administração, destaque-se a Lei nº 8.429/1992, a qual organiza os atos de improbidade administrativa em quatro espécies: enriquecimento ilícito, lesão ao erário, atentar contra os princípios da administração pública, e a concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

Já a Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, incorporou ao Direito Positivado Brasileiro o mecanismo do Acordo de Não Persecução Cível, que já vinha sendo praticado pelo Ministério Público por intermédio de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), seguindo a orientação das resoluções elaboradas pelo MP, como, por exemplo, a Res. nº 179/2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). A realização de tal procedimento permitiu maior celeridade na aplicação de sanções da Lei da Improbidade Administrativa e no ressarcimento ao erário.

Ressalte-se, ainda, que a Lei nº 14.230/2021 alterou a Lei nº 8.429/1992, estabelecendo o procedimento para a aplicação do Acordo de Não Persecução Cível, o que também representou um grande avanço prático na matéria.

Na tentativa de entender os aspectos relacionados à moralidade e probidade, que devem nortear e reger a atuação dos administradores públicos, foi elaborado o presente trabalho, que possui quatro capítulos principais. Primeiramente, aborda-se a questão

etimológica dos termos probidade e moralidade administrativa, bem como de seus antônimos. Posteriormente, passa-se a analisar o que a Constituição Federal de 1988 afirma acerca do tema. Em pó, trata sobre o entendimento da Lei da Improbidade Administrativa acerca das diferentes formas de improbidade. Por fim, avaliamos a pertinência do Acordo de Não Perseguição Cível.

Como procedimento metodológico, optou-se por um estudo qualitativo e bibliográfico de obras nacionais, para, ao final, realizar-se um cotejo dos principais argumentos acerca do acordo de não persecução supracitado, avaliando-se aspectos como a constitucionalidade e a legitimidade deste instrumento de autocomposição.

2 DEFINIÇÃO E DISTINÇÃO DOS TERMOS IMPROBIDADE, PROBIDADE E MORALIDADE

Conforme Ranzani (2007, p. 59), experimentou-se, historicamente, no Brasil, uma “difusão de casos de corrupção e improbidade administrativa”. Essa corrupção, para o autor, é “generalizada” e caracterizada pelo “enriquecimento criminoso do colarinho branco”.

A corrupção pode ser entendida, segundo Paiê (2011, p. 8), como “uma conduta que rompe com o código moral ou social vigente numa sociedade, em determinada época”. Ainda para o mesmo autor, o termo tem origem no latim “*corruptio*”, o qual significa “corrompimento, deterioração, decomposição, depravação e suborno”.

Ranzani (2007, p. 68) afirma que a corrupção pode ser considerada como “o lado avesso da postura ética do agente público”, uma vez que o comportamento moral deve pautar a ação daqueles que fazem parte da Administração Pública.

Tratando das origens históricas da corrupção brasileira, Ranzani (2007, p. 69) ainda destaca que a origem desse comportamento se relaciona aos valores e às atividades da “cultura político-jurídica portuguesa”, os quais se estenderam à Colônia. Acrescenta, ainda, que:

Existe uma espécie de mal de origem fixado na concepção patrimonialista, privatista e centralizadora presente em nossa colonização, onde tornaram-se indistintos o público e o privado, criando ambiente fecundo às deslavadas apropriações, acobertadas pelos que desempenham a autoridade, fazendo grassa a improbidade, tornando trivial o literal desmantelo para com a coisa pública. (RANZONI, 2007, p.86).

Apesar de transcorridos mais de quinhentos anos, essas práticas continuam presentes na sociedade brasileira e, para combater as condutas ímprobas dos agentes públicos e dos que se relacionam com o Estado, foram aprovados diversos dispositivos constitucionais e legais, os quais serão abordados adiante.

Procede-se à definição etimológica e jurídica da palavra improbidade, que pode ser compreendido, em suma, conforme Paiê (2011, p. 10), como a “designação técnica da corrupção administrativa”.

De acordo com Fernandes (1997, p. 171), o termo “improbidade” tem origem no termo latino “*improbitas*”, que, em português, pode-se definir como de “má qualidade”. O antônimo da palavra (*probus*), por sua vez, significa “de boa qualidade”.

Para o Dicionário Online Michaelis, a palavra “improbidade” pode ser concebida como “1. Falta de probidade; desonestidade; fraude; imoralidade; 2. Qualidade de perverso; maldade; perversidade; ruindade”.

Fernandes (1997) conceitua a improbidade como “má qualidade de uma administração, pelas práticas de atos que implicam em enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário, ou ainda, violação aos princípios que orientam a administração pública”.

O ato ímprobo é, em sentido comum, imoral, de qualidade ruim, malicioso. Do ponto de vista jurídico, refere-se à desonestidade, má fama, má conduta, má índole, mau caráter e incorreção (FERNANDES, 1997, p.172).

Paiê (2011, p. 10) acrescenta que esse tipo de ação “ocorre quando o agente público pratica ação ou omissão que contraria o dever da boa administração e, assim, desvirtua a legítima função do administrador e corrompe a estrutura axiológica do Estado Democrático de Direito”.

Ainda segundo Paiê (2011), o sentido em latim do termo probidade diz respeito ao crescimento retilíneo das plantas, podendo ser compreendido, do ponto de vista moral, como “honestidade, honradez e integridade de caráter”.

Por ora, faz-se necessário ressaltar que não existe consenso entre os teóricos acerca da relação entre os princípios da moralidade e probidade. Ranzoni (2007, p.77), por exemplo, aduz que “da moralidade jurídica deriva a probidade administrativa”, ressaltando que “o princípio da moralidade objetiva nortear o sistema administrativo, enquanto o dever da probidade visa manter as atitudes concretas de seus agentes dentro de normas sistêmicas”.

Segundo Paiê (2011, p. 05), a partir do princípio da moralidade derivam todos os outros princípios expressos no direito, uma vez que tem “a responsabilidade de preencher as lacunas da lei”, de modo que a função principal da moralidade é auxiliar na interpretação das leis, pois estas devem ser pautadas pelo interesse público e pela imparcialidade.

A inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição Federal Brasileira foi um reflexo da preocupação ética na Administração Pública, e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público. Até então, a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos. Para os demais, punia-se apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo. Ocorre que, com a inserção do princípio da moralidade no texto constitucional, a exigência de moralidade estendeu-se a toda Administração Pública e a improbidade ganhou uma maior abrangência, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos, e abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito (DI PIETRO, 2016).

Por moral, entende-se, mais comumente, como “a experiência vivencial em que nossa consciência experimenta a distinção entre bem e mal”, além “da reflexão filosófica sobre essa experiência” (RANZONI, 2007, p.74), enquanto que a moral tem como princípio o que é “consenso” na sociedade, no que se refere aos valores expressos ou não na positividade jurídica (PAIÊ, 2011, p. 03).

Existem duas morais diferentes, de acordo com Paiê (2011, p. 04), a geral, que é gênero comum a todos os homens, e a específica, administrativa, que orienta o comportamento dos agentes públicos. A primeira é fixada pela “conduta externa”, já a segunda é identificada pela “conduta interna” das instituições públicas e pelo “bem comum”. Assim, tendo em vista este aspecto externo, é difícil dissociar a noção de moralidade com a de improbidade administrativa.

Para Fernandes (1997, p. 76), houve incorporação por parte do direito dos princípios morais, trazendo “aprimoramento da norma, conferindo coerência e unidade ao direito”, dando *status* de “sistema ético de conduta social”.

Paiê (2011, p. 02) registra que a aproximação entre direito e moralidade aprofundou-se em razão do Estado Democrático de Direito, ressaltando a relevância dos valores morais e da ética.

Um exemplo de junção da moralidade e da probidade pelo direito positivado está na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.429/1992, o que garante “efetividade jurídica, conduz a qualidade obrigatória, genérica e com força coercitiva e, portanto, resposta sancionatória material e objetiva contra o seu descumprimento”.

Para Di Pietro, comparando moralidade e probidade, pode-se afirmar que, como princípios, significam praticamente a mesma coisa, embora algumas leis façam referência às duas separadamente, do mesmo modo em que há referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios diversos, quando este último é apenas um aspecto do primeiro (DI PIETRO, 2016).

A moral, em sentido comum, faz distinção entre o bem e o mal, enquanto que a moral

administrativa faz uma diferenciação nos casos concretos entre boa e má administração (MOREIRA NETO, 2009, p.105).

Quando se fala em improbidade administrativa como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas, também, e principalmente, atos ilegais. Logo, na Lei de Improbidade Administrativa, a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das hipóteses de atos de improbidade previstos em lei, de modo que, para compreendermos melhor o tema, passa-se à análise dos princípios da probidade e da moralidade na Constituição Federal de 1988 (DI PIETRO, 2016).

3 PRINCÍPIOS DA PROBIDADE E DA MORALIDADE NA CF/1988

Na redação da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988), existem três trechos que merecem atenção, no que se refere à probidade e moralidade administrativa: I) o inciso LXXIII do artigo 5º, que trata da Ação Popular; II) o artigo 37 e o § 4º do mesmo artigo, os quais estão relacionados aos princípios da administração pública e das sanções da conduta ímproba; III) e o inciso V do artigo 85, que inclui a improbidade dentre os crimes de responsabilidade do Presidente da República.

O texto constitucional diz, no inciso LXXIII, do artigo 5º que:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor Ação Popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, sendo comprovada a má fé, isento de custas judiciais e de ônus de sucumbência. (BRASIL, 1988).

Qualquer cidadão pode fazer uso da Ação Popular, inclusive, no que diz respeito aos atos que firam a moralidade administrativa. As matérias pertinentes ao referido mecanismo processual elencadas neste inciso são exemplificativas, apresentando as possibilidades de utilização do remédio constitucional.

Ferreira (2019, p.6) aponta que a moralidade que esse texto faz referência diz respeito “à legalidade interna do ato praticado pelo agente público, em relação ao qual seria necessário perquirir eventual desvio de finalidade”.

O artigo 37 do texto constitucional afirma:

A Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

(...)

§ 4^a os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a improbidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988).

A moralidade do artigo 37 trata, segundo Ferreira (2019, p. 6), de “veicular ao direito público o princípio da boa-fé, que é tanto objetiva, consubstanciada na proteção da confiança, quanto subjetiva, materializada na vedação e repressão da improbidade administrativa”.

Já o § 4^a destaca, conforme Ranzoni (2007, p. 83), que “as penas serão aplicadas, sem prejuízo da ação penal cabível, o que está a sinalizar que as sanções cominadas não sendo de cunho criminal, resultam de sentença prolatada na senda da persecução judicial cível”.

Por fim, o último texto constitucional que merece destaque. Ranzoni (2007, p. 84) afirma que, apesar das “prerrogativas de tratamento” na gerência da administração pública, determinadas autoridades da república não devem confundir tais prerrogativas com privilégios. Neste sentido, a Carta Magna Brasileira de 1988 limita o comportamento da autoridade máxima do país, a saber, o Presidente da República, ao tratar dos crimes de responsabilidade. O inciso V do artigo 85 diz que “são crimes de responsabilidade os atos do presidente da república que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: “(...) V – a probidade na administração” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, demonstra-se que o tratamento da improbidade administrativa é uma preocupação do legislador constituinte, refletindo um fundamento para a legislação infraconstitucional acerca do referido tema.

4 LEI DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição de 1988 demonstrou preocupação quanto à moralidade que deve conduzir os atos administrativos, ao prever, em seu art. 37, *caput*, os princípios vinculadores da atividade administrativa, inclusive, impondo ao legislador ordinário o encargo de editar uma lei específica acerca do tema (PRADO, 2001).

A fim de regulamentar os dispositivos constitucionais, foi promulgada a Lei nº 8.429/1992, conhecida como “Lei da Improbidade Administrativa (LIA)”, que dispõe especificamente sobre os atos de improbidade administrativa, visando à aplicação das penalidades previstas no art. 37, parágrafo 4º, da CF/88.

Inicialmente, em seu artigo 2º, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), com as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, define quais os sujeitos estarão submetidos às sanções, incluindo no grupo não apenas os servidores, mas também os agentes políticos, bem como todos aqueles que exercem, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, mandato, cargo, emprego ou função pública nas entidades do art. 1º da mesma lei.

Outrossim, o particular, pessoa física ou jurídica, também pode ser responsabilizado por improbidade administrativa, no caso em que recebe recursos da administração Pública por meio de convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992, de acordo com as alterações da Lei nº 14.230/2021.

Além dos agentes públicos, o artigo 3º amplia o alcance da lei para quem, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra, de forma dolosa, para a prática do ato de improbidade. No caso de sócios, cotistas, diretores e colaboradores de pessoa jurídica de direito privado, além da comprovação do dolo, faz-se necessária a demonstração de benefícios e a participação direta nos atos de improbidade.

Nesse sentido, a LIA classifica os atos de improbidade administrativa em três: I) enriquecimento ilícito (artigo 9º); II) lesão ao erário (artigo 10); III) atentar contra os princípios da administração pública (artigo 11).

Fernandes (1997, p.177) aponta que tais ações não representam crimes, no que se refere à LIA, mas podem resultar em sanções, no aspecto político e/ou cível. Isso não afasta, no entanto, o enquadramento administrativo, penal e cível em outras leis do ordenamento jurídico, como a Lei nº 8.112/1990 e o Código Penal.

Di Pietro conclui que: (a) o ato de improbidade, em si, não constitui crime, mas pode corresponder também a um crime definido em lei; (b) as sanções indicadas no artigo 37, §4º, da Constituição não têm natureza de sanções penais, porque, se tivessem, não se justificaria a ressalva contida na parte final do dispositivo, quando admite a aplicação das medidas sancionatórias nele indicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”; (c) se o ato de improbidade corresponder também a um crime, a apuração da improbidade pela ação cabível será concomitante com o processo criminal (DI PIETRO, 2016).

Desse modo, a natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional supra-mencionado indica que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal e na esfera administrativa, caracteriza um ilícito de natureza civil e

política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário (DI PIETRO, 2016).

4.1 Enriquecimento ilícito

Essa modalidade de ato de improbidade administrativa ocorre, segundo o art. 9º da LIA, com redação dada pela Lei nº 14.230/2021, quando o agente público auferir de forma dolosa “qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei” (BRASIL, 2021). Pode-se extrair desta redação do texto legal que o ponto central desta hipótese de ato de improbidade é o recebimento de vantagem indevida, ainda que não enseje prejuízo ao erário.

Além disso, o referido dispositivo também elenca nos seus incisos I a XII diversas condutas específicas, que constituem ato de improbidade administrativa, que importam enriquecimento ilícito, sendo tais previsões, portanto, um rol meramente exemplificativo.

Em decorrência da prática destes atos, o referido diploma legal comina as seguintes punições, que estão descritas no inciso I do art. 12, com redação da Lei nº 14.230/2021:

(...) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos; (BRASIL, 2021).

Cumprido destacar que, conforme decidido pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.191.613-MG, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, tais sanções podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente pelo magistrado, podendo este “mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração”.

4.2 Lesão ao Erário

Os atos de improbidade administrativa, que causam prejuízo ao erário, constituem

a segunda espécie. Segundo o artigo 10 do texto legal (BRASIL, 2021), com redação conferida pela Lei nº 14.230/2021, essa modalidade se constitui por meio de ato que cause lesão ao erário, por meio de ação ou omissão dolosa, que provoque, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento, ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1ª da LIA. Assim, nesta hipótese, não há necessidade de enriquecimento por parte do agente público.

Nesse sentido, assim como no dispositivo que trata do ato de improbidade administrativa que resulta o enriquecimento ilícito, os incisos do artigo 10 da LIA também preveem um rol exemplificativo das condutas que, ao serem praticadas, configuram lesão ao erário.

Em relação a essas hipóteses, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o AREsp 1507319/PB, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, destacou que para a caracterização dos atos descritos no art. 10 da LIA, “é indispensável a comprovação da lesão ao erário, exceto nas hipóteses específicas do inciso VIII⁶ do referido dispositivo, nas quais se enquadra o caso em comento, uma vez que o prejuízo é presumido (*in re ipsa*)”.

O inciso II do artigo 12 relaciona as penas mencionadas a seguir com o cometimento de ato de improbidade administrativa, que causa prejuízo ao erário, podendo estas serem aplicadas isoladamente ou cumulativamente a depender do caso concreto:

(...) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos; (BRASIL, 2021).

4.3 Atentar contra os princípios da Administração Pública

Por fim, a última espécie de ato de improbidade administrativa prevista na LIA: atentar contra os princípios da administração pública. O artigo 11, com redação dada pela Lei nº 14.230/2021, dispõe que “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os

⁶ Hipótese em que o agente ímprobo frustra a licitude de licitação ou de processo seletivo para celebração de parcerias, ou ainda a dispensa destes procedimentos (BRASIL, 2021).

deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade (...)” (BRASIL, 2021). Nesse sentido, os incisos III a VIII, XI e XII, dispõem, de forma meramente exemplificativa, das condutas caracterizadoras do ato de improbidade em questão. Ressalta-se que os demais incisos foram revogados pela Lei nº 14.230/2021.

A cominação que se relaciona a este artigo está fixada no inciso III do artigo 12, que afirma que quem praticar ato de enriquecimento ilícito estará sujeito ao:

(...) pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos. (BRASIL, 2021).

Importante mencionar, ainda, que, segundo o Superior Tribunal de Justiça no julgado do AgInt no AREsp 1121329/RJ, de relatoria do Ministro Sérgio Kukina, os atos de improbidade administrativa contrários aos princípios da Administração Pública dependem da presença do dolo genérico, o qual consiste na vontade deliberada do agente de praticar ato que atente contra estes princípios. Contudo, ainda segundo este julgado, é dispensável “a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente”.

5 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

A redação inicial da LIA vedava a utilização de quaisquer tipos de meios alternativos de solução de conflitos (transação, acordo ou conciliação) no âmbito das Ações de Improbidade Administrativa. Ocorre que, com a vigência da Lei nº 13.964/2019, denominada Pacote Anticrime, a referida regra foi alterada para permitir a celebração do Acordo de Não Persecução Cível - ANPC, consistente em um negócio jurídico bilateral *sui generis* (CASTRO, 2020), encontrando previsão expressa no art. 17, §§ 1º e 10-A, da LIA.

Não obstante a nova previsão legislativa, o legislador deixou de regulamentar os parâmetros procedimentais e materiais a serem observados no decorrer da celebração deste ajuste, citando-se, como exemplo, o momento processual específico para a utilização de tal instrumento processual.

Ocorre que, com o advento da Lei nº 14.230/2021, houve o acréscimo do art. 17-B, o qual estabelece condições e regras práticas procedimentais para a realização do ANPC,

de modo a preencher a lacuna legislativa mencionada no parágrafo anterior.

Com efeito, a lei restringiu a possibilidade de cabimento de ANPC apenas aos casos em que houver, pelo menos, os resultados de integral ressarcimento do dano e de reversão da vantagem obtida, a partir do ato de improbidade, à pessoa jurídica lesada, ainda que oriunda de agentes privados.

A Lei nº 14.230/2021 ainda trouxe como condições cumulativas à celebração do acordo a oitiva da pessoa jurídica de direito público lesada, antes ou depois da propositura da ação; a aprovação da celebração do acordo, no prazo de sessenta dias, pelo Ministério Público, se anteriormente ao ajuizamento da ação; e a homologação judicial do acordo, seja antes ou depois da homologação judicial.

Destaca-se que o §4º do art. 17-B da LIA, inovação trazida pela Lei nº 14.230/2021, dispõe que o Acordo de Não Persecução Cível poderá ser realizado na fase investigatória e na fase processual, incluindo também o momento da execução penal.

Antes mesmo dessa definição temporal da celebração do ANPC, ante o vácuo legislativo, o Superior Tribunal de Justiça, a partir do AREsp 1314581/SP, datado de 23 de fevereiro de 2021, firmou o entendimento de que o ANPC poderia ser celebrado ainda que o processo estivesse em grau de recurso.

Neste caso concreto, um administrador público descumpriu uma ordem judicial para entrega de um medicamento para um paciente com problema cardíaco grave, o qual veio a falecer em decorrência da conduta omissa do agente público. Por esta morte, o município de Votuporanga foi condenado a pagar R\$ 50.000,00 de indenização aos herdeiros. No acordo de não persecução cível com o Ministério Público, celebrado durante a fase recursal da ação de improbidade administrativa, o agente público comprometeu-se a ressarcir, integralmente, o dano ao erário, o que foi homologado pelo STJ.

Dessa maneira, podemos dizer que o Acordo de Não Persecução Cível tem como finalidade, não só evitar que se instaure uma ação de improbidade administrativa, mas sim, de promover uma resposta estatal eficiente às condutas ímprobas de maneira mais ampla, promovendo o ressarcimento dos danos ao Estado por meio da consensualidade.

Há ainda bastante discussão a respeito de quais pessoas jurídicas teriam legitimidade para elaborar o supracitado instrumento de autocomposição. Apenas o Ministério Público seria legitimado, ou os demais entes interessados também poderiam celebrar o acordo? O art. 17-A, o qual fazia parte das inovações da Lei nº 13.964/2019, aduzia que a legitimidade para a celebração do ANPC era apenas do *Parquet*, mas foi integralmente vetado pelo Presidente da República.

No entanto, ressalte-se que antes mesmo do Pacote Anticrime, os ANPC's já eram acolhidos pela doutrina e já ocorriam especialmente tomando por base as resoluções elaboradas pelo Ministério Público, como a Res. nº 179/2017, editada pelo Conse-

lho Nacional do Ministério Público (CNMP). Já dizia o art. 1º, § 2º, da Resolução nº 179/2017 do CNMP que “É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.

Para finalmente resolver a questão da legitimidade do *Parquet* para a celebração do ANPC, a Lei nº 14.230/2021 incluiu no art. 17-B o parágrafo 5º, o qual dispõe que as negociações devem ser realizadas entre o Ministério Público e o investigado, na fase pré-processual, ou demandado, na fase processual, devendo estes, em ambos os casos, estarem acompanhados de defesa técnica.

Além disso, conforme já mencionado, o Acordo de Não Persecução Cível já vinha sendo realizado pelo Ministério Público, mediante a formalização de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Como exemplo, o Ministério Público do Estado do Ceará celebrou o primeiro acordo de não persecução cível, na cidade de Sobral, no dia 2 de fevereiro de 2021, por meio da 2ª Promotoria de Justiça da cidade de Sobral. No caso, o procedimento integra inquérito civil instaurado para apurar desvio de função e abandono de função pública, sem justificativa plausível, por parte de ex-servidora pública e com recebimento de remuneração, sem a devida contraprestação do encargo. Sendo assim, ao firmar o acordo, a ex-servidora comprometeu-se a ressarcir a quantia de R\$ 6.177,97, em razão do recebimento de remuneração sem a contraprestação, bem como a pagar multa civil no valor de R\$ 2.471,18, e não se candidatar a quaisquer cargos eletivos pelo prazo de oito anos⁷.

Importa mencionar, ademais, o acordo de não persecução cível firmado pela 15ª Promotoria de Justiça de Juazeiro do Norte, diante do contido nos autos do processo judicial nº 0048122-64.2017.8.06.0112, que versava sobre a conduta ímproba de acumulação indevida de cargos públicos, quais sejam, um cargo de professor e outro de secretário municipal, com horários incompatíveis, haja vista que 44 horas semanais eram dedicadas ao cargo de professor de ensino fundamental, e outras 40 horas semanais eram dedicadas ao exercício do cargo de secretário municipal. Após firmar o acordo, o compromissário reconheceu que praticou as referidas condutas, obrigando-se, a título de reparação, ao pagamento do montante de R\$ 36.280,71, assim como está proibido de contratar com o Poder Público municipal, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios do Município de Juazeiro do Norte, pelo prazo de 3 (três) anos.

7 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **MPCE firma primeiro acordo de não persecução cível na cidade de Sobral.** 2/2/2021. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/2021/02/02/mpce-firma-primeiro-acordo-de-nao-persecucao-civel-na-cidade-de-sobral/>> Acesso em: 29 jun. 2021.

Ainda tratando da ação do Ministério Público do Estado do Ceará em relação à matéria discutida, a Promotoria de Justiça de Jijoca de Jericoacoara firmou um acordo de não persecução cível com o prefeito do referido município, e com a secretária de saúde da cidade, em razão de terem furado a fila da vacinação contra a Covid-19, uma vez que estes não faziam parte dos grupos prioritários. Após a assinatura do acordo, que foi homologado, no dia 6 de abril de 2021, o prefeito e a secretária de saúde comprometeram-se a pagar multas de R\$ 62.400,00 e R\$ 26.000,00, respectivamente. Além da multa, acordou-se uma retratação pública, com divulgação e permanência de duração pelo período mínimo de dez dias, no site oficial e redes sociais da prefeitura de Jijoca de Jericoacoara⁸.

Nestes termos, diante da natureza, gravidade, circunstâncias dos ilícitos praticados e para aqueles que optam por colaborar para atingir os fins almejados, o acordo de não persecução cível torna-se um instrumento de extrema importância para garantir o interesse público de forma mais célere, proporcionando uma adequada apuração dos fatos e a responsabilização dos que agiram em desconformidade com a probidade administrativa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que, do ponto de vista do direito positivado brasileiro, existe uma preocupação ao dever de lealdade frente à Administração Pública, de maneira a ser constatado com a redação dos artigos 5º, 37 e 85 da Constituição Federal de 1988. A Carta Magna garante ao cidadão o direito de representar judicialmente, em caso de lesão à moralidade administrativa, estabelece a moralidade e a probidade como princípios da Administração Pública, assim como garante a responsabilização da autoridade máxima do país nos casos de atentado contra a probidade.

No que diz respeito à Lei nº 8.429/1992, os agentes do Poder Público devem respeitar e obedecer os princípios da legalidade, da moralidade, e, por conseguinte, da probidade, sendo que, a não observância a tais princípios, poderá ser passível de aplicação das penalidades previstas no mencionado diploma normativo, mas desde que se apresente um nexo de proporcionalidade com a natureza do ilícito cometido pelo agente.

Além disso, a Lei da Improbidade Administrativa dispõe de regras e de mecanismos essenciais ao combate ao enriquecimento ilícito e à lesão ao erário público, na medida

⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **Após acordo com MPCE, prefeito e secretária de saúde de Jijoca que furaram fila de vacinação, terão que pagar multa e se retratar publicamente.** 06/04/2021. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/2021/04/06/covid-19-apos-acordo-com-mpce-prefeito-e-secretaria-da-saude-de-jijoca-que-furaram-fila-de-vacinacao-terao-que-pagar-multa-e-se-retratar-publicamente/>. Acesso em: 29 jun. 2021.

em que estabelece sanções para tais práticas. Tal diploma legal retrata um valioso instrumento processual de tutela à propriedade administrativa, garantindo a boa gerência da coisa pública e a proteção do patrimônio público.

Por fim, destaca-se a importância do Acordo de Não Persecução Cível no sentido de proporcionar resposta eficiente aos comportamentos que atentam contra a probidade administrativa, agilizando o ressarcimento ao erário e a aplicação das sanções previstas na LIA. Apesar da recente permissão legal advinda do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964), o referido instrumento já vinha sendo utilizado amplamente pelo Ministério Público, por meio de regulação própria, tal como a Res. nº 179/2017 do CNMP.

Outrossim, a Lei nº 14.230/2021 estabeleceu condições e regras procedimentais para o ANPC, concebendo a nível legal de normas que haviam sido vetadas pelo Pacote-Anticrime. Ademais, a aplicação do instituto do ANPC foi exemplificada por situações concretas de atuação do *Parquet* estadual, de forma a facilitar a sua compreensão.

ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND THE CIVIL NON-PROSECUTION AGREEMENT (CNPA) AS A PUBLIC INTEREST SEARCH TOOL: A LEGAL ANALYSIS ACCORDING TO THE ANTI-CRIME PACKAGE AND LAW 14.230/2021

ABSTRACT

The article analyzes administrative improbity under the legal aspect, based on the Federal Constitution of 1988 and Law 8.429/92, known as the Administrative Improbity Law. The relevance of the Civil Non-Persecution Agreement – ANPC, mentioned by the legislator in the Anti-Crime Package, is discussed as an instrument of self-composition that has been implementing reimbursement to the treasury. It is noteworthy that before the Anti-Crime Package, this instrument was already being carried out by the Public Ministry, through Res. 179/17 of the CNMP. Advent of Law 14.230/21, which brought provisions that had been vetoed at the time of Law 13.964/19. Methodologically, we opted for bibliographic and documentary research in national works, as well as the study of laws and jurisprudence. Finally, the legal procedure for the ANPC, provided for in Law 14,230/21, is analyzed. It is concluded that the ANPC is an important instrument for the Public Prosecutor’s Office in the resolution of improbity demands at all stages of its investigation.

Keywords: misconduct; civil non-prosecution agreement; procedure.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Brasília: DF. 1992. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2D434A6C73097403AF34BBD297333653.node1?codteor=422375&filename=LegislacaoCita da+-PL+7528/2006. Acesso em: 20 mar. 2020.
- BRASIL. **Lei Complementar nº 116**, de 31 de julho de 2003. Brasília: DF. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em: 21 mar. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 23 jun. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 14.230/2021**, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm. Acesso em: 23 jun. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Resolução n. 179**, de 26 de julho de 2017. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <https://goo.gl/Sq4aq5>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acordo no Aresp nº 1314581**. Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES. Julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **AREsp: 1507319/PB**, Relator: Ministro Francisco Falcão, Data de Julgamento: 05/03/2020, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/03/2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **AgInt no AREsp: 1121329/RJ**, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Julgamento: 19/06/2018, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/06/2018
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - **REsp: 1.191.613/MG**, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 19/03/2015, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/04/2015.
- CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na lei de improbidade administrativa. **Pacote anticrime**. v. 1, p. 252-281, 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. rev. Rio de

Janeiro: Forense, 2016.

EDITORA MELHORAMENTOS (Brasil). **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. 2.0 [S.l.]: Editora Melhoramentos, 2020. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/Improbidade/>. Acesso em: 19 mar. 2020.

FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 210, p. 171-181, dez, 1997. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47094>. Acesso em: 20 mar. 2020.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da administração pública. **Revista Direito Gv**, [S.l.], v. 15, n. 3, p. 1-31, dez. 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201937>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80715/77056>. Acesso em: 18 jun. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **Após acordo com MPCE, prefeito e secretária de saúde de Jijoca que furaram fila de vacinação, terão que pagar multa e se retratar publicamente**. 06/04/2021. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/2021/04/06/covid-19-apos-acordo-com-mpce-prefeito-e-secretaria-da-saude-de-jijoca-que-furaram-fila-de-vacinacao-terao-que-pagar-multa-e-se-retratar-publicamente/>.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **MPCE firma primeiro acordo de não persecução cível na cidade de Sobral**. 2/2/2021. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/2021/02/02/mpce-firma-primeiro-acordo-de-nao-persecucao-civel-na-cidade-de-sobral/>.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PAIÊ, Karline Santos do Nascimento. Improbidade Administrativa e Presunção de Enriquecimento Ilícito. In: ETIC – ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, v. 7, n. 7, 2011, Antônio Prudente. **Anais...** Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/3849>. Acesso em: 18 jun. 2021.

RONZANI, Dwight Cerqueira. Corrupção, Improbidade Administrativa e Poder Público no Brasil. **Revista de Faculdade de Direito de Campos**, Campos, n. 10, p. 57-89, jun. 2007. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Artigos/Dwight.pdf>. Acesso em: Acesso em: 18 jun. 2021.

ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR
SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO
INTEGRAL DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE: QUANDO QUEM TEM
O DEVER DE CUIDAR NÃO CUIDA

*INTRAFAMILIAL SEXUAL ABUSE UNDER THE
PERSPECTIVE OF INTEGRAL PROTECTION OF CHILDREN
AND ADOLESCENTS: WHEN THOSE WHO HAVE THE
DUTY OF CARE DO NOT TAKE CARE*

ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: QUANDO QUEM TEM O DEVER DE CUIDAR NÃO CUIDA¹

*INTRAFAMILIAL SEXUAL ABUSE UNDER THE PERSPECTIVE OF
INTEGRAL PROTECTION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: WHEN
THOSE WHO HAVE THE DUTY OF CARE DO NOT TAKE CARE*

*Valdenivea Saraiva Falcão²
Milena Britto Felizola³*

RESUMO

O trabalho aborda o abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes no contexto familiar, analisando um fenômeno conhecido na Psicologia, mas pouco estudado pelo Direito: a síndrome do segredo. A partir de uma pesquisa bibliográfica, realizada por meio de revisão de literatura, a presente investigação objetiva analisar se o silêncio da mãe impede a aplicação da lei nos casos de abusos sexuais praticados pelo pai no contexto familiar, apresentando o tratamento jurídico conferido ao tema. Concluiu-se que o silêncio da genitora diante da verificação da agressão, embora perpetue o sofrimento da vítima, não prejudica a punição do ofensor.

Palavras-chave: violência sexual intrafamiliar; princípio da proteção integral da criança e do adolescente; omissão da mãe.

1 Data de Recebimento: 26/08/2022. Data de Aceite: 10/11/2022.

2 Mestranda em Ciências Jurídicas com ênfase em Direito Internacional pela Must University (Flórida - EUA). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário FAMETRO (UNIFAMETRO). Licenciada em Pedagogia pela Universidade Vale do Acaraú (UVA). Servidora pública estadual. E-mails: nivea.dicelio@gmail.com; Endereço para acessar currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/474871732338030>. Orcid: 0000-0002-0998-2472. Telefone celular: (85) 98930-2294.

3 Mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC); Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário Jorge Amado (UNIJORGE); Bacharela em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS); Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e Professora do Centro Universitário FAMETRO (UNIFAMETRO); Advogada e Mediadora; E-mails: mbbritto@hotmail.com e milenafelizola@gmail.com. Endereço para acessar currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4334062255754321>. Orcid: 0000-0002-0035-9502. Telefone celular: (85) 99638-7271.

1 INTRODUÇÃO

Na perspectiva do princípio da proteção integral, é dever da família, da comunidade, da sociedade e do Estado assegurar às crianças e aos adolescentes, com prioridade absoluta, o pleno respeito à sua dignidade. Ocorre que é justamente no contexto familiar onde ocorre violação desses direitos, notadamente ao direito da liberdade sexual da criança.

Segundo o diagnóstico realizado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, em 2021, foram feitas 86,6 mil denúncias contra todos os tipos de violações de crianças e adolescentes. O levantamento indicou que o cenário da violação que aparece com maior frequência nas denúncias é a residência da vítima e do suspeito (8.494), a casa da vítima (3.330) e a casa do suspeito (3.098). Além disso, o padrasto/madrasta (2.617) e o pai (2.443) e a mãe (2.044) estão entre os maiores suspeitos nos casos. Em quase 60% dos registros, a vítima tinha entre 10 e 17 anos. Em cerca de 74%, a violação é contra meninas (BRASIL, 2021).

O abuso sexual intrafamiliar compreende as relações de cunho sexual entre pais e filhos, crianças ou adolescentes, no interior da família, praticadas com violência física ou psicológica. Tal forma de violência, não raras as vezes, ocorre de maneira contínua e possui uma faceta bastante cruel: quando o Estado não consegue alcançar o abusador, em razão do silêncio dos responsáveis, aqui representado pela omissão da mãe, que tem o dever de cuidar e não cuida. Nesse contexto, a presente pesquisa inicia-se a partir das seguintes indagações: é comum a mãe silenciar em casos de ciência da prática de abuso sexual no âmbito familiar? Como a mãe pode ser responsabilizada na legislação brasileira? A omissão da mãe impede a intervenção do Estado? Quais as possíveis causas dessa omissão?

Dessa forma, o trabalho procura analisar se o silêncio da mãe impede a aplicação da lei nos casos de abusos sexuais praticados pelo pai no contexto familiar, apresentando o tratamento jurídico conferido ao tema. Em razão da complexidade do objeto de estudo, focou-se na violência sexual que ocorre entre pai/padrasto e filha/enteada e a omissão do responsável, aqui representada pela mãe. Assim, sob uma perspectiva psicológica e jurídica, procurou-se compreender o silêncio da mãe, com o intento de apresentar soluções mais eficazes para todos os envolvidos, no mencionado abuso, contribuindo para a proteção infanto-juvenil.

A pesquisa tem cunho bibliográfico, tendo sido fundamentada em doutrina jurídica, dissertações e teses, artigos científicos, entre outros documentos que estejam relacionados ao tema. Quanto ao propósito, é exploratória, porquanto se objetiva levantar a questão sobre o silêncio da mãe impedir a intervenção do Estado nos crimes de abusos

sexuais praticados no ambiente familiar. Em relação ao tipo de abordagem, será qualitativa, pois busca-se a compreensão do comportamento da mãe no contexto familiar, bem como dos danos causados nas crianças e adolescentes do sexo feminino, que sofrem abuso sexual intrafamiliar.

A abordagem concentrou-se, portanto, em demonstrar conflitos da mãe que conduzem ao silêncio, levantando questões relacionadas com a condição de mulher. Também se apresentou as consequências do abuso para a vítima do sexo feminino. Por fim, são concentrados esforços para convocar todos a atuarem no combate e apoio das crianças e adolescentes contra essa forma de violência, propondo uma intervenção da lei de forma mais específica para os crimes, que envolvem abuso sexual infanto-juvenil no ambiente doméstico.

2 ASPECTOS JURÍDICOS DO ABUSO SEXUAL NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

2.1 A proteção constitucional contra a exploração sexual

A Constituição Federal, em seu art. 227, trata de estabelecer a tríplice responsabilidade compartilhada, consagrando o princípio da proteção integral, de forma a garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Impõe-se, portanto, a responsabilidade a quem pratique abuso sexual, garantindo-se políticas públicas de assistência integral à saúde de crianças e adolescentes. A redação do mencionado dispositivo frisa, inclusive, que serão reprimidas todas as formas “de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988). Já no § 4º preceitua que “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (BRASIL, 1988).

Da leitura do dispositivo em apreço, depreende-se que cabe ao Estado interferir na sociedade e no seio familiar, quando estes não conseguem garantir os direitos de crianças e adolescente, bem como coibir qualquer tipo de impunidade, ou omissão, em casos de abuso sexual, atuando em defesa das vítimas.

2.2 O estatuto da criança e do adolescente e o combate ao abuso sexual

Com relação ao tema abuso sexual da criança e do adolescente, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, preceitua no artigo 5º que “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus di-

reitos fundamentais” (BRASIL, 1990). Mais adiante, o artigo 130 prevê a possibilidade do agressor ser afastado da moradia, de forma cautelar, quando, verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual.

Tratando do crime de abuso sexual de crianças e jovens, Mirabete e Fabrinni (2014, p. 445) debatem que “o fato configura uma maior ofensa à dignidade sexual da vítima e acarreta maior alarma social, sendo um abuso de relações domésticas ou de situações de intimidade ou confiança”. A prática de abuso sexual intrafamiliar, por parentes, é bem mais frequente do que se imagina, e se reveste de maneira perversa, tanto em números quanto pelo agente que pratica o abuso. Dados apontam que o maior número de abusos sexuais é cometido pelos pais, em primeiro lugar, e pelos padrastos, em segundo lugar (SANTOS, COSTA e GRANJEIRO, 2009, p. 516). Já Rangel (2011, p.16) sinaliza que o núcleo familiar é o berço do problema, revelando a face mais oculta da violência intrafamiliar e, após tanto tempo considerado inviolável, necessita de mais atenção.

Apesar de não ter sido criado, especificamente, para atender casos de abuso sexual, não se pode deixar de mencionar os Conselhos de Direitos e os Conselhos Tutelares, dada a sua importância na proteção de crianças e adolescentes abusadas sexualmente. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) preceitua que uma das diretrizes da política de atendimento à criança e ao adolescente é a criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federais, estaduais e municipais⁴. Já o Conselho Tutelar⁵ é um órgão que concretiza a doutrina da proteção integral, e tem a função precípua de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente (SEABRA, 2020, p. 214), local que recebe denúncias por qualquer pessoa e, de forma obrigatória, por profissionais da saúde e educação (artigos 13 e 56, I, ECA, 1990), em casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos à criança ou adolescente, onde se inclui a violência sexual.

Com relação à exploração sexual, os artigos 240 e seguintes, do ECA, tratam de criminalizar as condutas de produzir, oferecer e armazenar qualquer tipo de imagem, cena em vídeo, que contenha cenas de sexo explícito de cunho erótico ou pornográfico contendo criança ou adolescente. É também tipificada a conduta de quem agencia, facilita, recruta, coage ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas ou, ainda, quem com esses contracena. Enseja no agravamento da pena quem se prevalece de relações domésticas, de coabitação, de hospitalidade ou de relações de parentesco consanguíneo, ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tu-

⁴ Disciplinado no art. 88, inciso II, do ECA.

⁵ Regulado no Título V (art. 131 e seguintes) do ECA.

tor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.

Nesse sentido, a Lei nº. 14.431/2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima, ou testemunha de violência explícita às formas de violência, dividindo-as em física, psicológica, sexual e institucional. A violência sexual, objeto do presente trabalho, pode ser definida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo, por meio eletrônico ou não, que envolva:

- a) abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiros;
- b) exploração sexual comercial, entendida como o uso da criança ou do adolescente em atividade sexual em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação, de forma independente ou sob patrocínio, apoio ou incentivo de terceiro, seja de modo presencial ou por meio eletrônico. (BRASIL, 2017).

Para Murilo Digiácomo e Eduardo Digiácomo (2018, s.p.), a preocupação do legislador é alcançar toda e qualquer conduta descrita, tanto no Código Penal, quanto no ECA, e em outras leis que envolvam o público infantojuvenil em práticas sexuais de qualquer natureza, inclusive por meio eletrônico. Essa preocupação de definir as diversas formas de violência demonstra a intenção do legislador de não dar margem para dúvida acerca do alcance da norma e, ainda, de sinalizar para a necessidade da implementação de políticas públicas e abordagens/intervenções específicas para cada uma das modalidades de violência, que reclamam um planejamento e um atendimento diferenciados.

Dessa feita, percebe-se o olhar atento do legislador diante das diversas formas de violências contra a criança e adolescente, as quais se originam da própria evolução da sociedade. Essa preocupação também converge para pacificar algumas divergências doutrinárias, que apenas favoreciam aqueles que praticam tais violências, de cunho sexual ou não.

2.2.1 Responsabilização penal do abusador

Mirabete e Fabbrini (2014, p. 404) preceituam que, no crime de estupro, protege-se a liberdade sexual, tanto do homem quanto da mulher, com relação aos atos de natureza sexual, indo além da integridade física para atender o princípio da dignidade da pessoa

humana. Os crimes de estupro e de violação sexual, mediante fraude, atingem a faculdade de livre escolha do parceiro sexual. Essa faculdade pode ser violada por: a) violência ou grave ameaça: crime de estupro (art. 213); b) fraude: crime de violação sexual mediante fraude (art. 215) (GONÇALVES, 2021, p. 11).

Efetivamente, o legislador aponta para a proteção à dignidade sexual de modo geral, *lato sensu*; enquanto na liberdade sexual a tutela se dá de forma mais específica. O indivíduo pode escolher a melhor forma de relacionar-se sexualmente, sem a intervenção de terceiros, cabendo ao Estado punir condutas que oprimem a pessoa, tolhendo ou inibindo a prática de atos de cunho sexual, que não deseje ou, no caso de estupro de vulnerável, pela idade não tem condição de autodeterminar-se sobre essa escolha.

Tratando-se de abuso sexual intrafamiliar contra a criança e adolescente menor de 14 anos, o Código Penal brasileiro prevê, no capítulo intitulado ‘estupro de vulnerável’, pena mais grave face a condição da vítima, conforme prescreve o artigo 217-A. Sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral, é importante observar que a vulnerabilidade é inerente à criança e ao adolescente, abrangendo a ameaça ou violação de qualquer direito.

Esse entendimento da vulnerabilidade é relevante, pois evidencia quão frágil é a condição do menor, que não tenha ainda alcançado a idade de 14 anos, afastando qualquer especulação com relação ao seu discernimento ou consentimento em relação ao ato sexual praticado. Sob esse aspecto, cabe ressaltar o conceito de vulnerabilidade (qualidade ou estado do que é ou se encontra vulnerável), que advém do latim *vulnerabile*, podendo ser definido como aquele que pode ser ferido, ofendido, por apresentar mais fragilidade do que as demais pessoas (COSTA JÚNIOR, 2010, p. 686).

Essa preocupação do legislador ao estabelecer a condição de vulnerabilidade da vítima (criança e do adolescente de 14 anos), portanto, não permite qualquer tipo de digressão sobre sua vida sexual anteriormente ao crime. Desse modo, não importa, para a lei, se houve consentimento da vítima, ou se ela tem experiência sexual.

Acerca do consentimento da vítima e da experiência sexual anterior, no caso de estupro de vulnerável, o tema foi satisfatoriamente enfrentado pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2017), redundando na edição da Súmula nº 593 da citada Corte, *in verbis*:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

O estupro de vulnerável insere-se no rol taxativo de crimes hediondos, nos termos do artigo 1º, inciso VI, da Lei nº 8.072/1990. Assim, o autor do delito de estupro não pode ser beneficiado com a anistia, com a graça ou indulto (art. 2º, I), não tem direito à fiança (art. 2º, II) e deverá cumprir a pena, inicialmente, em regime fechado, conforme preceitua o art. 2º, §1º (MIRABETE e FABRINI, 2014, p. 404).

Roque (2010, p. 21), compreende que o conceito de abuso sexual é importante para não provocar mais danos à vítima, uma vez que o ato sexual “não se caracteriza apenas pela penetração, seja vaginal, anal ou oral, mas também por qualquer ato libidinoso realizado pelo agressor no corpo da vítima, ou impingido a esta realizar no agressor”.

Já Gonçalves (2021, p. 14), evidencia a união dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, apenas sob a nomenclatura única de estupro, destacando que:

Pela legislação anterior, o estupro só se configurava pela prática de conjunção carnal (penetração do pênis na vagina), de modo que só podia ser cometido por homem contra mulher. Já o atentado violento ao pudor (antigo art. 214 do CP) se constituía pela prática de qualquer outro ato de libidinagem (sexo anal, oral, introdução do dedo na vagina da vítima etc.), e podia ser cometido por homem ou mulher contra qualquer outra pessoa. Pela nova lei, todavia, haverá estupro quer tenha havido conjunção carnal, quer tenha sido praticado qualquer outro tipo de ato sexual.

O Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou o entendimento sobre o tema ao inferir que basta a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com pessoa vulnerável para caracterizar o crime de estupro, o qual sempre é cometido mediante violência física, como dispõe Gonçalves (2021, p. 13). Com efeito, depreende-se que as modificações introduzidas no Código Penal, demonstram a preocupação do legislador em seguir a orientação do princípio da proteção integral, visando sempre proteger a criança e ao adolescente das diversas formas de abuso sexual.

Nesse aspecto, importante frisar que a violência sexual nem sempre deixa vestígios, dificultando a materialização do delito. Tal circunstância exige, por parte dos profissionais, um olhar mais acurado voltado para a vítima, que muitas vezes emitem sinais de violência sexual, além da interpretação fria da lei. Esse olhar atento aos detalhes do abuso cobra de qualquer profissional um conhecimento que vai muito além da norma jurídica, inclui saberes multidisciplinares, que perpassam entre a Psicologia, Medicina Legal etc. Sobre estes sinais, Roque (2010, p. 12) explicita:

Exemplificativamente, o médico ao realizar o exame de corpo de delito em criança em razão de suspeita de abuso sexual, após analisar minuciosamente a região vaginal e anal da mesma, conclui que

não há vestígios de relação sexual. Contudo, se verificasse a boca e garganta da infante, notaria múltiplas lesões em tais órgãos, uma vez que o abuso se perpetrou por meio de sexo oral, com penetração do órgão viril masculino em sua boca. Ora, o ato sexual não se caracteriza apenas pela penetração, seja vaginal, anal ou oral, mas também por qualquer ato libidinoso realizado pelo agressor no corpo da vítima, ou impingido a esta realizar no agressor. Engloba, assim, a masturbação, os beijos, as lambidas, o passar a mão, a esfregadela, entre outros.

Caso o estupro seja praticado contra menor que tenha entre 14 e 17 anos, este crime está previsto na forma de estupro qualificado, em consonância com o artigo 213, § 1º, do Código Penal. Vale frisar que se auferir a idade da vítima a partir do primeiro instante do dia de seu aniversário. Já o artigo 226, II, do Código Penal prevê que a pena é aumentada de metade, nos crimes de estupro e a todos os demais contra a dignidade sexual, quando o agente é ascendente, padrasto, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou se por qualquer outro título tem autoridade sobre ela (BRASIL, 1940).

Sobre o tema, Mirabete e Fabbrini (2014, p. 445) melhor esclarecem:

Embora o incesto não seja, por si mesmo, crime, a lei agrava a pena quando um dos crimes sexuais é praticado entre parentes próximos, seja o parentesco natural ou civil (pai, inclusive o adotivo, embora não mais mencionado no dispositivo, avô, padrasto, madrasta, tio, irmão). (...) Abrange a lei, também, qualquer pessoa que, pelos títulos mencionados no dispositivo ou quaisquer outros, tem autoridade, de direito ou de fato, sobre a vítima.

Desse modo, a vulnerabilidade restringe-se ao menor de quatorze anos, o qual não tem o necessário discernimento para a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, bem como àquele que, por qualquer razão, não possa oferecer resistência ao agressor. Ainda com relação às questões penais relativas ao estupro, vale frisar que existe autorização do aborto nessas circunstâncias, como preceitua o art. 128, II, do Código Penal.

2.2.2 Responsabilização Civil do abusador

Não se pode falar em proteção integral da criança e do adolescente sem, primeira-

mente, refletir acerca da evolução histórica do poder⁶ familiar. Nesse sentido, cumpre recordar que a responsabilidade de gestão familiar hoje atribuída a ambos os ascendentes, inicialmente, foi instituída como pátrio poder, pois seria um atributo inerente, apenas, à figura do pai. Desse modo, garantia-se, expressamente, a condução dos filhos à figura masculina do genitor e, em caso de eventual conflito, ou divergência de opinião, entre ele e a mãe, prevaleceria a vontade paterna.

A concepção do poder familiar que incorpora a administração igualitária da família é, portanto, algo relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro. Nasceu do art. 229 da Constituição Federal de 1998, que ditou os deveres inerentes aos pais de assistirem, criarem e educarem os filhos menores, e complementa-se com o artigo 22 do ECA, que estabelece o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (MADALENO, 2018, p. 902). Tal poder decorre da própria evolução dos direitos da mulher, trazendo a igualdade de condições entre os cônjuges para exercer o poder familiar, permitindo o poder igualitário. O artigo 21 do ECA ressalta, inclusive, a igualdade de condições entre os cônjuges para exercer o poder familiar, sendo assegurado recorrer a qualquer um deles ou à autoridade judiciária competente para a solução de eventual divergência. Corroborando com esse paradigma inaugurado, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.634, abraça a hipótese da responsabilização conjunta por parte dos pais ou responsáveis pela criança.

Nessa linha de raciocínio, desenha-se um novo modelo que tenta impedir qualquer ato de violência ou omissão no seio familiar, e compreende uma aliança entre a sociedade, o Estado e a família no que se refere a tutela das crianças e adolescentes. Essa obrigação triplíce é, portanto, solidária, de modo que tanto na esfera pública quanto na esfera privada, todos devem observar os deveres a serem cumpridos a fim de garantir o bem-estar infanto-juvenil. Nesse sentido, faz-se necessário destacar o art. 4º do ECA, que preceitua ser um dever da família, da sociedade, da comunidade e do Poder Público “assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (BRASIL, 1990).

O poder familiar é, portanto, uma prerrogativa dos pais e um dever que eles também têm de manter seus filhos menores sob sua guarda, sustento e educação, cabendo-lhes, ainda, no interesse dos filhos, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (MADALENO, 2018, p. 847). Desse modo, o poder familiar protege a relação entre genitores e os filhos, sendo irrenunciável, inalienável e imprescritível tendo,

⁶ Atualmente, já se cogita no meio jurídico, que a nomenclatura poder familiar não está em consonância com o que preconiza o princípio da proteção integral, uma vez que a palavra “poder” denota, indevidamente, situação de poder, de hierarquia, circunstância que tem sido veementemente rechaçada quando se trata de direitos de criança e adolescente.

ainda, a característica de um *múnus público*, ou seja, é imposto pelo Estado aos pais. Entretanto, apesar de haver o consenso social e jurídico de que a família é a base do desenvolvimento da criança e do adolescente, e de sua elevada importância para a formação integral dos filhos, há previsão legal da destituição deste poder.

Em consonância com o artigo 1.635 do Código Civil, o poder familiar pode extinguir-se em duas circunstâncias: naturais ou por decisão judicial. Com relação aos determinantes naturais, tem-se a morte dos pais, a emancipação do filho e a sua maioridade. Já o artigo 1.638 do mesmo diploma legislativo define as hipóteses de perda do poder familiar por decisão judicial, como: castigar imoderadamente o filho; deixar o filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; praticar contra filho, filha ou outro descendente estupro (de vulnerável ou não), ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

Já a suspensão do poder familiar é a restrição do exercício da função dos pais, nos termos do artigo 1.637, do Código Civil, e acontecerá “se o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos” (BRASIL, 2002).

Percebe-se que os pais são os primeiros responsáveis pelo desenvolvimento da criança do adolescente. Quando os genitores falham na sua função de proteger e cuidar da prole, faz-se necessária a intervenção do Estado na esfera privada da família, visando ao melhor interesse da criança.

3 DA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL: A RESPONSABILIDADE DA MÃE POR CRIME DE OMISSÃO NOS CRIMES SEXUAIS NO ÂMBITO FAMILIAR

Os crimes de omissão são aqueles em que o agente não realiza uma ação. O Código Penal fiscaliza quem tem o dever de agir, mas deixa de fazê-lo, ou não faz nada para impedir. Dividem-se em omissivos próprios e impróprios. Os próprios são crimes que o Código define como omissão⁷. Já os crimes omissivos impróprios são de resultado, de modo que não se tem uma conduta descrita como omissiva, pois a omissão, nestes casos, é somente a condição para evitar que ocorra um fato tipificado no Código Penal, a exemplo do homicídio, do estupro, caracterizados pelo dever de agir na função de garantidor.

⁷ Como, por exemplo, pode-se citar o delito de omissão de socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal brasileiro.

Albuquerque e Osório (2017, p. 03), esclarecem:

Os crimes omissivos impróprios são caracterizados por uma omissão dolosa ou imprudente de evitar um resultado previsto como crime (morte, lesão corporal, etc.), que somente pode ser atribuída ao agente que detinha a especial responsabilidade de evitar o resultado, ou seja, a pessoa que ocupa a posição de garantidor.

Com efeito, Nucci esclarece que a omissão penalmente relevante não consta, expressamente, num tipo penal, mas se torna relevante para o Direito Penal, caso o agente tenha o dever de agir, senão não terá como ser cobrado por tal conduta. Nesse sentido, o art. 13, § 2.º, do Código Penal enumera as hipóteses em que existe o dever de agir por parte do omitente, isto é, “quando alguém se torna garantidor de outra pessoa, motivo pelo qual deve fazer o possível para evitar que esta sofra algum dano, sob pena de responder pelo evento à custa de sua omissão” (NUCCI, 2020, p. 291).

Já o artigo 29 do Código Penal disciplina que a pessoa que, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a estas cominadas, na medida de sua culpabilidade. Nesse sentido, Gonçalves (2021, p. 13) destaca ser possível a responsabilização penal por omissão nos crimes de estupro, e estupro de vulnerável em virtude de omissão, em especial se o responsável pela criança ou adolescente foi cientificado do fato, e não tomou nenhuma atitude, a exemplo da mãe, que tem o dever jurídico de proteção, tendo aceitado, pacificamente, a prática do delito ou sua reiteração. Assim, como omissão penalmente relevante entende-se o fato de a mãe ou responsável pela criança, deixar de tomar providências necessárias para garantir a integridade física e psicológica dos filhos menores, ou quando, ciente do fato, deixar de impedir o estupro.

Nucci (2020, p. 292) explica que a legislação impõe a várias pessoas o dever de cuidar, proteger e vigiar outrem, tal como o faz com os pais em relação aos filhos. Assim, a conduta dos genitores ou responsáveis que deixam os descendentes em risco potencial de sofrerem violência sexual, ainda que não desejem o resultado do crime, estão contribuindo para sua realização, assumindo o risco de sua ocorrência.

Nesse sentido, é delimitada a pessoa do garantidor, uma vez que é sujeito a quem se destina a punição pela prática de delitos por omissão. Contudo, frise-se que a responsabilidade do garantidor é no sentido de impedir o crime, tendo como agir para impedir o resultado.

Nessa mesma linha de raciocínio, tem-se manifestado o entendimento jurisprudencial, como se depreende de julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No caso *sub judice*, decidiu-se que a mãe da vítima, por estar na posição de garan-

tidora, praticou o delito de estupro de vulnerável por omissão imprópria, “porquanto tinha o dever legal de evitar a prática dos abusos sexuais cometidos por seu companheiro contra sua filha e nada fez”. Além disso, o posicionamento foi no sentido de que:

A acusada, na condição de mãe da vítima, ou seja, de garantidora, tinha o dever legal de impedir que o resultado se produzisse (artigo 13, § 2º, alínea a, do CP), de forma que a sua omissão (classificada como imprópria, já que tinha o dever legal de evitar os estupros praticados por seu companheiro contra sua filha, de apenas 10 anos de idade) faz com que a ré seja condenada pelo próprio delito de estupro de vulnerável, porquanto presente o nexo de evitação entre a omissão da agente e o resultado produzido. MAJORANTE. O fato de a acusada ser ascendente da vítima configura a majorante do artigo 226, inciso II, do Código Penal. Todavia, na espécie, em que atribuída à ré conduta omissiva imprópria (no qual a agente não causou diretamente o resultado, mas permitiu que ele ocorresse, abstendo-se de agir quando deveria e poderia para evitar a sua ocorrência), tal circunstância (ascendência) caracteriza-se na própria elementar do tipo penal (estupro de vulnerável), justamente pela posição de garante da agente, que tinha a obrigação legal de cuidado, proteção e vigilância para com a vítima, sua filha. Assim, de ofício, vai afastada a causa de aumento para evitar indesejado bis in idem entre a consideração concomitante da elementar do tipo penal e a majorante da ascendência. (TJ/RS. Sexta Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70079617783 RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Data de Julgamento: 30/05/2019, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/06/2019).

Com efeito, apesar de não praticarem, literalmente, a conduta prevista no tipo, os responsáveis em caso de estupro de crianças e adolescentes, respondem pela conduta omissiva, sendo aplicável ao partícipe o artigo 13, § 2º, do Código Penal, ou seja, àquele que, tendo o dever jurídico de impedir o resultado, omitiu-se. Importante frisar que a responsabilidade da mãe para efeito penal, deve ser apurada levando em consideração o fato de que tinha ciência da violência sexual (estupro) sofrida por sua filha e, no entanto, ao invés de denunciar, silencia. Por fim, cabe ressaltar que é imprescindível que a genitora tenha conhecimento dos delitos para que possa ser penalmente responsabilizada.

4 ANÁLISE PSICOLÓGICA DA OMISSÃO DA MÃE EM CASOS DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

Com o passar do tempo, a família assumiu novas formações, passando-se a agregar, cada vez mais, a esse núcleo social sentimentos de amor, ternura e afeto. Pressupõe-se, portanto, que o ambiente familiar, é um local onde a proteção e a segurança estão sempre presentes.

Contudo, apesar de sacralizado e inviolável, o ambiente familiar vem necessitando de um olhar público mais atencioso, porque é ali que muitas crianças e adolescentes sofrem suas primeiras experiências de violência (RANGEL, 2011, p. 16). Nesse sentido, Bock, Furtado & Teixeira (2001, p. 442) enfatizam que:

No interior da família, lugar mitificado em sua função de cuidado e proteção, existem muitas outras formas de violência além da física e sexual; ou seja, há o abandono, a negligência, a violência psicológica, isto é, condições que comprometem o desenvolvimento saudável da criança e do jovem. A primeira violência seria a negação do afeto para a criança, que depende disso para sua sobrevivência psíquica, assim como depende de cuidados e de alimentação para sua sobrevivência física.

Partindo desse contexto familiar, é que se torna possível analisar a omissão da mãe ou responsável que convive diretamente com a criança ou adolescente abusada, notadamente quanto ao seu papel primordial de defender a criança e o adolescente.

Como salientam Albuquerque e Osório (2017, p. 05), o local reservado à mulher na sociedade ainda é, primordialmente, o ambiente doméstico, familiar, privado. Destacam que:

À mulher incumbem os papéis relacionados aos cuidados do lar e principalmente aos cuidados com os filhos, a sua educação e supervisão. Ainda que se tenha avançado muito em termos de igualdade de gênero, em especial no século XX, com os diversos movimentos feministas por igualdade, ainda hoje a mulher segue carregando o estigma da mãe, esposa, responsável pela esfera doméstica, além de sofrer a imposição de padrões de feminilidade e passividade.

Rangel (2011, p. 74) ressalta que as mulheres estão abandonando sua posição de inferioridade na relação com o homem. Contudo, a organização estabelecida no patriarca-

do ainda encontra muitos adeptos na sociedade, que vem incumbindo à mulher a função de cuidar do lar e dos filhos.

Com relação ao papel da mulher, especialmente da mãe, na dinâmica familiar, onde ocorre abuso sexual, deve-se ter muito cuidado para não simplificar sua função sob a ótica da violência de gênero, transferindo, de certo modo, a culpa do agressor para ela. Isso porque, por causa dos papéis normalmente associados aos gêneros, os casos de negligência costumam ser apontados como responsabilidade da mãe, em detrimento de outros parentes.

Com efeito, é importante destacar que o machismo (poder masculino) e o patriarcado ainda é bem presente nas famílias contemporâneas e, principalmente, naquelas onde ocorrem os abusos. Nesse ponto, é importante ter o cuidado para não estigmatizar o papel da mulher nas relações familiares, culpando-a pelos abusos cometidos pelos homens, uma vez que essa penalização já é tratada no âmbito penal.

Nesse sentido, é fundamental analisar as possíveis causas que influenciam na decisão da mãe ou responsável de deixar de dispensar cuidado, proteção e carinho, não cumprindo seu papel de garantidora. A compreensão dos aspectos psicológicos da mãe é importante para servir de alerta às autoridades e à sociedade sobre as condições de risco, para que possam atuar preventivamente.

Moreira e Souza (2012, p. 18), expõem que as mulheres e as crianças são as maiores vítimas da violência intrafamiliar dada suas condições de vulnerabilidade social. Apesar da mulher, historicamente, ter alcançado reconhecimento da sociedade, rompendo, paulatinamente, com muitos anos de opressão, essa conjuntura ainda se faz presente.

Sobre a convivência da mãe, Rangel (2011, p. 78) reforça que existem casos em que ela acha justo que a filha se sacrifique para a manutenção da família, prendendo o provedor com sexo, para que não vá procurar outra parceira fora do lar, tornando-se cúmplice do agressor.

Contudo Oliveira (2016, p. 16) em sua pesquisa sobre os fatores que levam uma mãe a não denunciar o pai, padrasto abusador, adverte:

Em muitos casos, o silenciamento é ditado por uma dependência econômica em relação ao companheiro. [...] Mas há que se ponderar o peso dos fatores não econômicos, quando não há essa dependência. Nestes casos, quando algumas vezes, o que leva ao silenciamento é o medo, ou uma dependência de ordem afetiva, estas mulheres estão dentro de uma relação de poder assimétrica, seja com o abusador, com a sociedade ou com o Estado.

Rangel (2011, p. 56) aponta que a estigmatização social, as dificuldades materiais e emocionais que permeiam o divórcio são alguns dos fatores que levam a mãe a silenciar. De acordo com Oliveira (2016, p. 66), é primordial entender o que se passa com a mãe para a compreensão da complexidade das relações familiares no abuso sexual intrafamiliar, *in verbis*:

Admitir que aconteceu a violência é algo muito pesado, por isto estamos compreendendo que no fluxo da violência sexual não só a vítima precisa de acompanhamento. A genitora por vezes requer acompanhamento psicológico, pois passa a vivenciar sentimento de culpa, por vezes, pela violência ter ocorrido, ou até mesmo por ter denunciado e aquele individuo ter deixado de prover a renda a família. Trazemos essas questões à baila para dar uma dimensão maior do que se passa com a mãe nos momentos que se seguem à revelação. A denúncia vai desencadear um desarranjo da unidade familiar, da qual ela é muitas vezes a principal mantenedora, além de macular a imagem da família perante o mundo externo.

Balbinotti (2009, p. 08) explica que a decisão de ocultar os fatos pelos próprios familiares quando cientes, faz parte de um fenômeno mais complexo, tratado pela Psicologia como a síndrome do segredo, que tem o objetivo de manter intacta a rotina doméstica por vários fatores.

Pfeiffer e Salvagni (2005, p. 200) corroboram com esse entendimento, ao denunciar a inversão de responsabilidades:

Em algumas situações, quando o incesto é revelado, a mãe reage com ciúmes, como rival e passa a colocar na filha a responsabilidade pelo ocorrido. Para corroborar com essa prática, estaria a dificuldade de a mãe reconhecer o incesto, pois seria o reconhecimento de seu fracasso como mãe e esposa, enquanto que o abusador usa de todos os meios para manter seus atos em silêncio e encobertos.

Esse silêncio que ocorre no espaço familiar, infelizmente, favorece a prática e recorrência do abuso, livre da censura pública o que pode prolongar o abuso durante anos, denuncia Rangel (2011, p. 16).

Ademais, Azambuja (2014, p. 15) alerta que a síndrome do segredo envolve duas etapas: antes de ser identificado pela Justiça e após a denúncia, sendo que o último pode durar por todo o desenrolar do processo de abuso sexual intrafamiliar.

Cumprе destacar que a extensão do problema necessita de visão interdisciplinar,

de modo que a discussão do enfrentamento da violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes requer uma compreensão que extrapola aspectos meramente jurídicos. Imprescindível, portanto, a troca de experiências e de conhecimentos entre as diversas áreas e saberes para garantir uma melhor atuação dos profissionais, seja no combate por meio de ações preventivas, seja no tratamento dos envolvidos em casos de violência sexual intrafamiliar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência sexual intrafamiliar revela relações familiares complexas, que só a lei não se mostra capaz de deslindar o tema em sua plenitude. O silêncio da mãe dificulta a punição do agressor e perpetua o sofrimento das vítimas, ferindo a dignidade da criança e do adolescente. Não obstante, não impede a aplicação da lei, criada para dar efetiva proteção às crianças e adolescentes. Por conseguinte, o princípio da cooperação estabelece a responsabilidade compartilhada da família, da comunidade, da sociedade e do poder público, que devem atuar de forma solidariamente diluída, com fito de resguardar a tutela infanto-juvenil.

Cumprе ressaltar, que o Estado deve garantir às famílias as condições necessárias para que elas cumpram o seu papel, sendo a prevenção a melhor forma para combater o abuso sexual intrafamiliar e evitar os impactos negativos na vida das crianças e adolescentes. Nesse sentido, há a necessidade de implementação de medidas que forneçam apoio às famílias, nas quais os adultos cometeram abusos sexuais contra crianças e adolescentes, bem como atuar na prevenção de novos casos. É exatamente nessa questão que o presente trabalho deseja contribuir, alertando que a família falha ao deixar de promover proteção e defesa nas intercorrências da violência sexual intrafamiliar.

Importante destacar a valiosa colaboração das escolas, dada a sua proximidade com as crianças e adolescentes e suas famílias, que além da educação sexual com os alunos, podem promover a conscientização dos adultos, tratando desse tema especificamente. Ademais, há necessidade de engajar a sociedade, o núcleo familiar e as instituições, aliados à implementação de políticas públicas, como forma de prevenir e combater a violência sexual contra crianças e adolescentes. É preciso romper a síndrome do silêncio, pois a tutela infanto-juvenil não pode ser considerada um problema de terceiros, mas de toda a sociedade. Vale lembrar que uma das piores consequências do silêncio é a vergonhosa continuação da violência.

INTRAFAMILIAL SEXUAL ABUSE UNDER THE PERSPECTIVE OF INTEGRAL PROTECTION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: WHEN THOSE WHO HAVE THE DUTY OF CARE DO NOT TAKE CARE

ABSTRACT

This paper examines the sexual abuse of children and adolescents in the family context, analyzing a phenomenon well known in psychology, but with few analyses from a legal perspective: the syndrome of secrecy. Based on bibliographical research, conducted through a literature review, the present investigation aims to analyze whether the mother's silence prevents the application of the law in cases of sexual abuse committed by the father in the family context, presenting the legal treatment given to the topic. It was concluded that the mother's silence when the aggression is verified, although perpetuating the victim's suffering, does not hinder the punishment of the offender.

Keywords: intrafamiliar sexual violence; principle of integral protection of children and adolescents; omission of the mother.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Laura Gigante; OSÓRIO, Fernanda Corrêa. **A responsabilização das mães em casos de violência sexual contra menores de idade:** o instituto da omissão imprópria e culpabilização da mulher na sociedade patriarcal brasileira. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499088914_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero.pdf. Acesso em: 20 mai. 2021.

BALBINOTTI, Cláudia. A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de abuso. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 5-21, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8207>. Acesso em: 05 mai. de 2021.

BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. **Psicologias:** uma introdução ao estudo de Psicologia. 13. ed. ref. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 9 mar. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. [S. l.], 4 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. [S. l.], 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.431, de 4 de abril de 2017.** Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). [S. l.], 4 abr. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm. Acesso em: 9 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Painel com dados de denúncias de violações de direitos humanos recebidas pela ONDH no ano de 2021.** Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh/painel-de-dados/2021>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, Súmula nº 593, Brasília. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0614.pdf. Acesso em: 23 mar. 2021.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO Eduardo. Comentários à Lei nº 13.431/2017. MPPR - **Ministério Público do Estado do Paraná.** Curitiba, 2018. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração** (Coleção sinopses jurídicas; v. 10). 15. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MIRABETE, Renato N.; FABBRINI, Julio; **Manual de Direito Penal.** volume 2. Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Maria Ignez Costa Moreira; SOUSA, Sônia Margarida Gomes Sousa. Violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes: do espaço privado à cena pública. **O Social em Questão**, Ano XV, nº 28, 2012. Disponível em: <http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/2artigo.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Ademir Soares de Oliveira. **Violência Sexual Intrafamiliar e Atitude da Genitora da vítima. Uma análise a partir dos vínculos familiares da Economia**

Familiar. (Dissertação para fins de obtenção do Título de Mestre do Programa de Pós-graduação em Consumo, Cotidiano e Desenvolvimento Social/UFRPE. Recife. 2016. Disponível em: <http://www.tede2.ufrpe.br:8080/tede2/handle/tede2/7520>. Acesso em: 10 mai. 2021.

PFEIFFER, Luci; SALVAGNI Edila Pizzato. Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência. **Jornal de Pediatria**, vol. 81, nº 5 (Supl), 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/jped/a/xSpbpyzxKKqQWDBm3Nr6H6s/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 10 mai. 2021.

RANGEL, Patrícia Calmon. **Abuso sexual intrafamiliar recorrente**. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá Ebooks. 2011.

ROQUE, Emy Karla Yamamoto. **A Justiça frente ao abuso sexual infantil - análise crítica ao depoimento sem dano e métodos alternativos correlatos, com reflexões sobre a intersecção entre Direito e Psicologia**. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário - Área de Concentração: Poder Judiciário) FGV Direito, Rio de Janeiro, 2010.

SANTOS, Viviane Amaral; COSTA, Liana Fortunato; GRANJEIRO, Ivonete Araujo Carvalho Lima; Intervenção no Abuso Sexual Intrafamiliar. **Revista PISCO**, Porto Alegre, PUCRS, v. 40, n. 4, pp. 515-523, out./dez. 2009. Disponível em: [Dialnet-IntervencaoNoAbusoSexualIntrafamiliar-5161383](http://dialnet-intervencaoNoAbusoSexualIntrafamiliar-5161383). Acesso em: 31 mar. 2021.

SEABRA, Gustavo Cives. **Manual de Direito da Criança e do Adolescente**. Belo Horizonte. CEI. 2020.

POSICIÓN DE GARANTE
DEL EMPRESARIO

*POSICÃO DO GARANTE
DO EMPRESÁRIO*

POSICIÓN DE GARANTE DEL EMPRESARIO¹

POSIÇÃO DO GARANTE DO EMPRESÁRIO

Andy Carrión Zenteno²

ABSTRACT

La responsabilidad omisiva del empresario por delitos cometidos por sus subordinados resulta un problema de difícil solución, tanto en el ámbito dogmático como en el jurisprudencial. La dificultad radica básicamente en el fundamento y, sobre todo en los últimos tiempos, en el alcance de tal responsabilidad. Partiendo de la injerencia como elemento fundante de la responsabilidad penal del empresario, concretizaremos dicha propuesta de la mano del criterio de organización riesgosa de la empresa, todo ello como elemento legitimador, pero al mismo tiempo limitador de la responsabilidad penal omisiva.

Palabras clave: posición del garante; empresario; responsabilidad penal.

1 INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal del empresario por omisión constituye hasta hoy un problema sin solución uniforme en el Derecho penal económico, ello a pesar de su larga discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En rigor se trata de la pregunta de si el artículo 13 del Código Penal (tanto alemán como peruano) es un habilitante normativo para la imputación al empresario por delitos cometidos por sus subordinados. En el ámbito general esta problemática se circunscribe al instituto de la posición de garante³, la cual también presenta tanto en el fondo – legitimación- como en la forma – estructura normativa – cuestiones conceptuales poco claras. Tal es así que incluso Roxin la calificó como el capítulo más problemático y oscuro de la dogmática penal de la Parte General⁴.

1 Data de Recebimento: 02/12/2022. Data de Aceite: 05/12/2022.

2 Doctor y Magister (LL.M.) en Derecho por la Universidad de Bonn-Alemania.

3 Ya la terminología es cuestionable. Véase sobre esta discusión, *Rengier*, Strafrecht AT, § 49 marg. 29. *Ransiek*, JuS 2010, p. 585 s. *Langer*, Die Sonderstrafat, p. 451.

4 *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 marg. 2.; *Pawlik*, FS-Roxin zum 80. Geburtstag, p. 931y ss.; también *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 marg. 26.

La causa de tal calificación radica en que la “fórmula abierta”⁵ del artículo en cuestión no precisa “quien tiene el deber jurídico de impedir” la realización del resultado. Esto es, no está comprendido en la norma bajo qué condiciones el autor de la omisión debe ser considerado obligado de impedir resultados lesivos a los bienes jurídicos⁶.

La pregunta por el “si” de la posición de garante es un paso metodológico previo para abordar la pregunta del “por qué” de la imputación participativa del empresario. En otros términos, “una posición de garantía nos dice *quién* puede ser autor de un delito de omisión impropia, pero todavía no nos dice *por qué*. Pues esta última pregunta solo puede ser respondida a través de los criterios generales de adscripción de autoría”⁷. No obstante, lo que a simple vista se reconduce a la participación en general, toma contornos particulares por la propia configuración normativa del delito omisivo impropio. No por nada, algunos autores postulan al respecto la existencia en estos supuestos de una autoría única⁸.

En lo que sigue intentaremos dar una respuesta tentativa a las cuestiones planteadas vinculadas a la responsabilidad penal omisiva del empresario por delitos cometidos por sus subordinados.

2 PROPUESTA DOGMÁTICA DE LA POSICIÓN DE GARANTE DEL EMPRESARIO

En el ámbito del Derecho penal económico alemán tanto la jurisprudencia⁹ como la doctrina mayoritaria han reconocido¹⁰ la posición de garante del empresario de evitar delitos cometidos por sus subordinados. Mientras la jurisprudencia desarrolló la tesis de la competencia global y responsabilidad general de la dirección empresarial¹¹, la cual

5 Kühl, Strafrecht AT, 2012, § 18 marg. 41.

6 Kindhäuser, Strafrecht AT, § 36 marg. 2.

7 Mañalich, Juan Pablo, Omisión del garante e intervención delictiva, Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. p. 245.

8 Roxin, Strafrecht AT II, § 32 marg. 137

9 RGSt 24, 252 (254 s.); 33, 261 y ss.; 57, 148 (151); 58, 130 (132 y ss.); 75, 296; BGHSt 25, 158 (162 s.); 37, 106 (123 s.); BGH, Urt. v. 20. 10. 2011- 4 StR 71/11 marg. 13.

10 Botke, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, p. 25 y ss.; Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzung der Garantpflichten, p. 275 y ss.; Jakobs, Strafrecht AT, § 29 marg. 36; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, S. 36; Kindhäuser, Strafrecht AT, § 36 Rn. 63; Rogall, ZStW 98 (1986), 613 y ss.; Schünemann, Unternehmenskriminalität, p. 101 y ss.; Roxin, Strafrecht AT II, § 32 marg. 137; del mismo, JR 2012, S. 307; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, 2014, § 5 marg. 289 ff.; Schall, FS-Rudolphi, p. 267 y ss.; Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 142 y ss.; Walter, Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht, p. 140 y ss.; en contra Hsü, Garantstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten, p. 241 y ss.; Schubarth, SchwZStR, 1976, p. 385 s.

11 RGSt 24, 252 (254 s.); 33, 261 y ss.; 57, 148 (151); 58, 130 (132 y ss.); 75, 296; BGHSt 25, 158 (162 fs); 37, 106 (123 s.); BGHSt 57, 42. En relación a la posición de garante del oficial de cumplimiento, BGHSt 54, 44 y ss. Recientemente sobre la posición de garante del empresario, BGH, Urt. v. 20. 10. 2011- 4 StR 71/11 marg 13: „[...] aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter [kann sich] je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Garantpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Diese beschränkt sich indes auf die Verhinderung be-

le brinda herramientas dogmáticas interesantes a fin de flexibilizar su aplicabilidad¹², la doctrina se adhiere a una responsabilidad limitada a las actividades empresariales¹³.

En cuanto a las posturas dogmáticas, la gran mayoría presenta deficiencias que dificultan su potencial legitimador. Solo por mencionar algunos ejemplos, la teoría del dominio de la organización no se encuentra en la posibilidad de explicar los casos de ingerencia, mientras la teoría del poder de mando no logra fundamentar por qué de la sola posición (estructural) de empresario debe derivarse necesariamente una posición de garante de evitación de resultados lesivos. La misma crítica es trasladable a la teoría de fuente de peligro planteada por Heine¹⁴, pues no resulta comprensible por qué el déficit objetivo del poder de mando sobre la organización empresarial debe permanecer en el directivo solo a fin de alcanzar la más alta responsabilidad.

Más allá de las particularidades de las posiciones mencionadas – y que por motivos de espacio no pueden citarse en su totalidad – una sistemática correlación del fundamento dogmático pasa por la identificación, en primer lugar, del objeto sobre el cual se erigirá normativamente la legitimación del garante. Esta no debe fundamentar, tal como se desprende de la exigencia planteada *prima facie* por el §13, sino solo delinear, mostrar el camino sobre el cual debe erigirse el problema de la posición de garante del empresario. De acuerdo a nuestro planteamiento, el objeto en referencia lo constituye la organización peligrosa de la empresa. Esto significa que, como primer peldaño, solo en tanto el comportamiento delictivo del subordinado se reconduzca y encuentre su marco de desarrollo en la organización peligrosa de la empresa,¹⁵ podrá el directivo competente responder penalmente por no haber evitado dicho resultado lesivo¹⁶.

Conjuntamente a este resultado se muestra el resultado que el momento desencadenante para la asunción de una posición de garante también darse dentro de una situación peligrosa previamente existente, en la cual no ha participado ni activa ni pasivamente el empresario. Por otro lado, también se presenta la constelación de casos en la cual el propio empresario aporta conductualmente a la predeterminación peligrosa de la empresa.

trientsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.“

12 *Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, p. 322.

13 *Bottke*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, p. 25 y ss.; *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzung der Garantenpflichten, p. 275 y ss.; *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 marg. 36; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, p. 36; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 marg. 63; *Rogall*, ZStW 98 (1986), p. 613 y ss.; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, p. 101 y ss.; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 marg. 137; *del mismo*, JR 2012, p. 307.

14 Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, p. 120 y ss.

15 Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, p. 220, 221; Otto, FS Hirsch, S. 297; Artz, JA 1980, 553 y ss.; Stree, FS Mayer, p. 145 y ss.

16 *Jakobs*, Strafrecht AT, 29 marg. 36: „(...) so haftet der Betriebsinhaber für den gefährlichen Zustand seines Betriebs, solange überhaupt noch seine Geschäfte organisiert werden.“ También *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, p. 36: „Es geht also (...) um die für komplexere rechtlich normierte Organisationen oder organisierte Tätigkeiten.“

Con la limitación de la organización peligrosa a los casos mencionados se pretende crear un “ámbito mínimo” de responsabilidad penal, pues los modelos organizativos y los múltiples ámbitos de responsabilidad impiden un punto único de valoración dogmática¹⁷.

Partiendo de la organización peligrosa como objeto de la responsabilidad penal omisiva, resulta consecuente formular la pregunta acerca del segundo elemento legitimador de la posición de garante. Esta pregunta será vinculada en su análisis con la injerencia, pues sus propias características internas y externas plantea la cuestión del recurso a la conducta antijurídica previa.

Sobre la cualidad del comportamiento previo, la tendencia dogmática ha mostrado coherentemente su vocación por la flexibilización de las exigencias en la contrariedad al deber¹⁸. Esta postura es de recibo puesto que la estrictas exigencias de concurrencia de la conducta previa no se correspondían con una aplicación real del concepto, sino respondían únicamente a una exigencia abstracta, sin consecuencias.

No obstante, aún queda por responder a dónde deben apuntar los criterios de determinación de la conducta previa si el origen de la posición de garante por injerencia no se limita únicamente a un comportamiento previo antijurídico. Resulta convincente la tesis desarrollada por parte de la doctrina¹⁹ y amparada por la jurisprudencia²⁰ de la caracterización del comportamiento previo como un riesgo “cualificado” a fin de poder legitimar la responsabilidad penal omisiva. Distinto al comportamiento previo antijurídico, esta tesis muestra la ventaja que no solo grafica el fundamento de la responsabilidad sino que con ayuda de la concepción civil²¹ de “peligrosidad” señala al mismo tiempo el alcance propio de la responsabilidad penal omisiva.

De las reflexiones aquí vertidas se derivan las siguientes consecuencias para la responsabilidad penal del empresario por conductas ilícitas de sus subordinados:

a. Incorporación y mantenimiento de personal

En primer lugar debe anotarse que la apertura o instauración de una empresa no representa por sí mismo un riesgo cualificado o incrementado, motivo por el cual resulta inválido como fundamento de la injerencia²².

La problemática de la aplicación de la injerencia relativa a la incorporación de personal debe evaluarse del mismo modo que la apertura de una empresa. Ello no excluye que

17 Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, p. 217.

18 Jakobs, Strafrecht AT, § 29 marg. 42; Otto/Brammsen, JURA 1985, p. 646 (648); Roxin, Strafrecht AT II, § 32 marg. 156. Anders Sowada, JURA 2003, p. 236 (240 y ss.).

19 Jakobs, Strafrecht AT, 29 marg. 42, ders. BGH-FS, p. 29 y ss.; Kindhäuser Strafrecht AT, § 36 marg. 64; Kühl, AT, § 18 marg. 102; Roxin, AT II, § 32 marg. 160 y ss.; Stree, Klug-FS, p. 395 y ss.

20 BGHSt 38, 356(358); BGH NStZ 1998, 83(84); BGH NStZ 2000, 583(583).

21 Jakobs, Strafrecht AT, § 24 marg. 42.

22 Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, p. 240.

para ciertos requisitos pueda entrar en consideración una posición de garante.

Una constelación especial se origina, en primer lugar, son contratados para puestos con condiciones especiales empleados que pueden mostrar cierta incompetencia para el cargo. Ello debe ser reconocible para el directivo, solo bajo este supuesto podría responder consecuentemente por omitir el resultado lesivo²³. El requisito del comportamiento previo dependerá de si concurre una amenaza inmediata de la realización del riesgo²⁴.

Un caso particular de esta constelación de casos es aquél en el cual el riesgo no representa un riesgo inmediato sino mediato. Aquí la asunción de la injerencia depende de si el empleado tiene una cierta tendencia a la comisión de ilícitos. En este supuesto la inclinación al delito debe ser reconocible al empresario, sino entra a tallar el principio de confianza, que aportaría a la descarga de responsabilidad²⁵.

b. Organización empresarial riesgosa

También se da una posición de garante por injerencia cuando la empresa está organizada de tal manera que su estructura no puede garantizar un comportamiento en derecho de los subordinados. Dicho de otro modo, cuando la construcción y dirección empresarial constriñe a comportamiento antijurídicos²⁶.

POSIÇÃO DO GARANTE DO EMPRESÁRIO

RESUMO

A responsabilidade omissiva do empresário por delitos cometidos por seus subordinados resulta em um problema de difícil solução, tanto no âmbito dogmático quanto no jurisprudencial. A dificuldade está basicamente no fundamento e, sobretudo nos últimos tempos, no alcance de tal responsabilidade. Partindo da ingerência como elemento fundante da responsabilidade penal do empresário, concretizaremos esta proposta consonância com os critérios de organização de risco da empresa, tudo isso como elemento legitimador, mas ao mesmo tempo limitador da responsabilidade penal omissiva.

Palavras-chave: posição do garante; empresário; responsabilidade penal.

23 Jescheck, in: LK, 11^o ed. §13, marg. 35.

24 Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, p. 256.

25 Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, p. 256. Kühl, Strafrecht AT, §18, marg. 104; Roxin, Strafrecht AT II, §32, marg. 155 y ss.

26 Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, p. 257. Bottke, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, p. 25 y ss.

REFERÊNCIAS

- ARTZ, Gunther. **Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt.** JA: 1980, p. 553 y ss.
- BOSCH, Nikolaus. **Organisationsverschulden in Unternehmen.** Augsburg: 2002.
- BOTTKE, Wilfried. **Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata.** Berlin: 1994.
- BRAMMSEN, Joerg. **Die Entstehungsvoraussetzung der Garantenpflichten.** Berlin 1986.
- Heine, Günter.** Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen – Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklung, insbesondere bei Großrisiken, Baden-Baden 1995.
- HSÜ, Yü-hsiu. **Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten.** Pfaffenweiler: 1986.
- JAKOBS, Günter. **Strafrecht, Allgemeiner Teil.** 2. ed., Berlin/New York: 1991.
- Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen.** München: 1996.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil.** 5. ed., Berlin: 1996.
- KINDHÄUSER, Urs. **Strafrecht Allgemeiner Teil.** 7. ed., Baden-Baden: 2015.
- KÜHL, Kristian. **Strafrecht Allgemeiner Teil.** 4 ed. München 2002.
- LANGER, Richard. **Die Sonderstraftat. Eine gesamtssystematischer Grundlegung der Lehre vom Verbrechen.** 2. ed. Berlin: 2007.
- MANSDÖRFER, Marco. **Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts. Zugleich eine Untersuchung zu funktionalen Steuerungs- und Verantwortlichkeitsstrukturen bei ökonomischen Handeln.** Heidelberg: 2011.
- MAÑALICH, Juan Pablo. Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas, **Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 21, n° 2, 2014, p. 225-276.**
- RANSIEK, Andreas. **Das unechte Unterlassungsdelikt.** JUS: 2010, p. 585 y ss.
- RENGIER, Rudolf. **Strafrecht Allgemeiner Teil.** 8 ed. München: 2016.
- Rogall, Klaus:* Dogmatische und Kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG), in: ZStW 98 (1986), p. 611 y ss.
- ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil – Tomo II- Besonderes Erscheinungsformen der Straftat.** München: 2003.
- Strafrecht Allgemeiner Teil – Tomo I– Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre,** 4. ed., München: 2006.
- RUDOLPHIE. **Hans-Joachim:** Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unter-

lassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, Göttingen: 1966.

SANGENSTEDT. **Christoph**: Garantstellung und Garantpflichten von Amtsträgern, Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantstellung, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1988.

SCHALL. Hero: Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, en: ROGALL, Klaus; PUPPE, Ingeborg; STEIN, Ulrich; WOLTER, Jürgen (Hrsg.). **Festschrift für Hans-Joachim Rudolphie zum 70 Geburtstag**. Neuwied: 2004, p. 267 y ss. SCHÜNEMANN, Bernd. **Unternehmenskriminalität und Strafrecht**. Köln, Berlin: Bonn, München, 1979.

Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte – Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre. Göttingen: 1971.

STREE, Walter. Garantstellung kraft Übernahme. *In*: GEERDS, Friedrich; NAUCKE, Wolfgang (Hrsg.), **Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Helmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965**, Berlin: 1966, p. 145 y ss.

TIEDEMANN. **Wirtschaftsstrafrecht- Einführung und Allgemeiner Teil**. 4 Aufl., München: 2014.

SOBRE LOS PROBLEMAS DE
PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS
MAYORES Y LOS ANCIANOS

*SOBRE OS PROBLEMAS DE
PROTEÇÃO DAS PESSOAS IDOSAS*

SOBRE LOS PROBLEMAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES Y LOS ANCIANOS¹

SOBRE OS PROBLEMAS DE PROTEÇÃO DAS PESSOAS IDOSAS

*Darya Olegovna Sidorenko²
Elizaveta Olegovna Sidorenko³*

RESUMEN

El artículo aborda las cuestiones relacionadas con las particularidades de los delitos contra las personas mayores, típicos para varios países europeos, Estados Unidos, Rusia, Belarús, etc. El análisis de las tendencias delictivas permitirá identificar los problemas de las tendencias delictivas modernas en los casos en que las personas mayores sean víctimas de delitos. El artículo aborda el rol de los fiscales en efectuar la inspección de la protección de los derechos e intereses legales de una de las partes más vulnerables de la sociedad, incluyendo la prevención de cualquier forma de violencia y trato inhumano en los lugares de residencia (estancia) de las personas mayores que necesitan atención. La información puede ser útil para mejorar el marco normativo en el ámbito de la protección de los derechos de estas categorías de personas, así como en la investigación de delitos. La actualidad del tema de la publicación viene determinada por la existencia de una necesidad social en el perfeccionamiento de los medios y métodos de contrarrestar la delincuencia hacia las personas mayores cuyas características de edad reducen su seguridad social.

Palabras clave: personas mayores; cuidados de larga duración; violencia contra las personas mayores; prevención de la delincuencia.

1 INTRODUCCIÓN

Volviendo al tema de la violencia contra las personas mayores y los ancianos, el problema tiene una dimensión jurídica y moral.

1 Data de Recebimento: 15/08/2022. Data de Aceite: 17/11/2022.

2 Leading specialist Scientific and Practical Centre of the Prosecutor General's office of the Republic of Belarus. Minsk, Belarus E-mail: aksamit1@yandex.ru.

3 Trainee junior researcher of the Laboratory of Technical and Criminalistic Studies of Scientific Department of Technical, Criminalistic and Special Studies of Scientific and Practical Centre of The State Forensic Examination Committee of The Republic of Belarus. Minsk, Belarus E-mail:elizao@mail.ru.

Según los datos disponibles, la Organización Mundial de la Salud (OMS) divide a las personas en los siguientes grupos de edad y categorías⁴ [1]:

Edad	Período
18-44 años	Juventud
44-60	Edad media
60-75	Persona mayor
75-90	Edad avanzada
Más de 90 años	Anciano

Se sabe que, a medida que las personas envejecen, son más propensas a sufrir diversas enfermedades. La demencia es reconocida como una de las principales enfermedades que conducen a una situación de dependencia de las personas mayores y seniles en todo el mundo, un síndrome en el que se produce una degradación de la memoria, la capacidad de pensar, navegar, razonar, etc., y la causa más común de demencia es la enfermedad de Alzheimer. La OMS prevé que el número total de personas con demencia será de unos 82 millones en 2030 y de 152 millones en 2050. Este aumento se deberá en gran medida al incremento del número de personas con demencia en los países de ingresos bajos y medios⁵. Además de la demencia, el número de personas que padecen enfermedades cardiovasculares, cáncer, artrosis, pérdida de visión, pérdida de audición, etc., progresa con la edad. Todo esto limita su movilidad, puede tener un impacto extremadamente negativo en su estado psicológico y emocional, y a menudo conduce a una reducción de su estatus social y financiero en la sociedad. En presencia de problemas de salud graves, estas personas requieren algún tipo de atención a largo plazo.

2 PARTE PRINCIPAL

Una resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (APCE) adoptada en mayo de 2017 señalaba que, a pesar de que en los últimos años ha habido una tendencia creciente a reforzar la protección de los derechos humanos de las personas mayores, este colectivo sigue siendo vulnerable y sufre estereotipos negativos generalizados que conducen a la discriminación por edad y a la exclusión social. Los malos tratos a las personas mayores, las dificultades para acceder a una atención sanitaria de

⁴ Age classification of the World Health Organization. [Internet] – Access mode: <https://agesecrets.ru/vozrast/vozrastnaya-klassifikatsiya-vsemirnoj-organizatsii-zdravoohraneniya?ysclid=l6g70sc6uy993539792>. – Access date: 08 mai. 2022.

⁵ **Dementia. World Health Organization.** [Internet] – Access mode: <https://www.who.int/ru/news-room/fact-sheets/detail/dementia> – Access date: 08 set. 2022.

calidad y los cuidados de larga duración son un problema grave⁶. Una persona se vuelve vulnerable al mundo de la delincuencia en los últimos años de su vida, así como a los abusos de la sociedad y, a veces, de sus familiares. De vez en cuando la prensa e Internet informan de casos de violencia en residencias de ancianos, en familias contra personas mayores, y esto es típico de todos los países sin excepción.

Por ejemplo, en su estudio monográfico “Diferenciación penal-legal de la edad”, A.A. Baibarin abordó el problema al que se enfrentan las fuerzas del orden. En concreto, escribe que en los años 90 se crearon en Rusia un gran número de organizaciones privadas que, a cambio de la cesión de la propiedad de la vivienda del anciano tras su muerte, le proporcionan a éste alimentos, medicinas y una pequeña cantidad de dinero cada mes. Los pensionistas que viven solos con vecinos u otros particulares pueden celebrar contratos de contenido similar. En cada caso, los contratistas del propietario esperado en que la vida del pupilo no durará demasiado. Si sus planes no se materializan rápidamente, algunos de ellos recurren a matar a los ancianos o a internarlos ilegalmente en un hospital psiquiátrico para acelerar la obtención de bienes⁷.

El problema de las zonas grises en la atención a los ancianos también ha sido afrontado por el gobierno alemán. La escasez de mano de obra en Alemania provocó una escasez de personal en las residencias de ancianos, lo que redujo la calidad de la atención en ellas. Muchas personas mayores deseaban vivir sus últimos años en casa, pero la introducción del salario mínimo en Alemania en 2015 ha disparado el coste de los cuidados. Como resultado, los alemanes de edad avanzada se vieron obligados a firmar acuerdos semilegales de trabajo a tiempo parcial o acuerdos ilegales con europeos del Este con la falsa condición de “autónomos”. El Centro Germano-Polaco de Derecho Público y Red Medioambiental GPPLLEN ha trabajado mucho en este problema. “No hay normas legales ni contratos estándar que puedan garantizar la seguridad jurídica de los clientes alemanes, así como de las agencias de contratación y los empleados”, afirma el director de GPPLLEN, Lothar Knopp. - El resultado es una zona gris entre la ley y la anarquía”.⁸

En los últimos años, la vulnerabilidad de las personas mayores ha aumentado aún más debido a la pandemia mundial de la infección por coronavirus COVID-19. Por ejemplo, ha habido una amplia publicidad en los medios de comunicación sobre el en-

6 FOULKES, L. G. **Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) Human rights of older people and their comprehensive care**. Speaker: Lord George Fowles. United Kingdom. [Internet] – Access mode: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23538&lang=en>. Access date: 08 mai. 2022.

7 Baibarin, A. A. **Criminal law differentiation of age [Text]**: monograph. A.A. Baibarin. M.: Higher school. 252 p.: 2009. [Internet] – Access mode: <https://lawbook.online/ugolovnoe-pravo-ross-kniga/voznrast-kak-kvalifitsiruyuschiy-priznak-28325.html>. – Access date: 08 set. 2022.

8 Elderly care in Germany: gray areas, fraudulent schemes / [Internet] – Access mode: <https://learngerman.dw.com/en/Aged-care%D1%83%D1%85%D0%BE%D0%B4-%D0%a-45040855#>. – Access date: 08 ago. 2022.

cubrimiento en 2020 del aumento de la mortalidad entre los pacientes de residencias de ancianos en el estado de Nueva York, en Estados Unidos. Una de las principales razones del aumento de la mortalidad fue la orden del gobernador Andrew Cuomo del 25 de marzo de 2020 de que todas las residencias de ancianos del estado de Nueva York deben admitir a los residentes que estén médicamente estables y “no se debe negar la readmisión o la admisión de ningún residente en una residencia de ancianos basándose únicamente en un diagnóstico confirmado o sospechoso de COVID-19.”⁹.

Según un informe de Associated Press del 21 de mayo de 2020, más de 4.500 pacientes que se estaban recuperando del COVID-19 fueron enviados a residencias de ancianos del estado de Nueva York¹⁰, como resultado, se han convertido en una especie de epicentros de la pandemia. En enero de 2021, la fiscal general de Nueva York, Letitia James, publicó un informe en el que afirmaba que el gobernador Andrew Cuomo había subestimado el número de muertes relacionadas con el COVID-19 en residencias públicas de ancianos hasta en un 50%¹¹. El hecho es que muchos residentes de residencias de ancianos estaban muriendo de COVID-19 en los hospitales después de haber sido trasladados fuera de sus residencias de ancianos, lo que no se reflejaba en las cifras globales de mortalidad en residencias de ancianos publicadas. Se inició una investigación sobre el asunto y Cuomo dimitió formalmente el 23 de agosto de 2021.

Las estadísticas sobre el maltrato a las personas mayores en la mayoría de los países no siempre contienen datos fiables, debido a diversos factores: la escasa prioridad que se da al trabajo con las personas mayores, la capacidad física y mental de las víctimas, que no son conscientes del maltrato o no pueden acudir a las fuerzas de seguridad y a los servicios sociales, y no hay que descartar el problema de las falsas acusaciones de maltrato a las personas mayores, que es frecuente entre las personas con demencia.

Cabe señalar que, con mayor frecuencia, los ancianos son víctimas de robos. Las personas mayores tienen más probabilidades de ser víctimas de robos. Muchos criminólogos están de acuerdo en que la propensión de los ladrones a atacar a los más indefensos se debe a la degradación moral causada por el consumo prolongado de drogas. Los drogadictos tienden a temer la resistencia física, y a las personas mayores les resulta más difícil dar a la policía una descripción de su agresor. Además, en muchos países los

9 New York State Department of Health (March 25, 2020). **Advisory:** Hospital Discharges and Admissions to Nursing Homes (PDF) [Internet] – Access mode: https://coronavirus.health.ny.gov/system/files/documents/2020/03/doh_covid19_nhadmissionsreadmissions_032520.pdf. – Access date: 08 ago. 2022.

10 Mustian, J.; Peltz, J.; Condon, B. (May 22, 2020). AP count: Over 4,500 virus patients sent to NY nursing homes. Associated Press. [Internet] – Access mode: <https://apnews.com/article/health-us-news-ap-top-news-weekend-reads-virus-outbreak-5ebc0ad45b73a899efa81f098330204c>. – Access date: 08 ago. 2022.

11 **Andrew Cuomo faces a reckoning for a pandemic-related cover-up.** The Economist. February 20, 2021 [Internet] – Access mode: <https://www.economist.com/united-states/2021/02/20/andrew-cuomo-faces-a-reckoning-for-a-pandemic-related-cover-up>. – Access date: 08. Ago. 2022.

pensionistas tienen la costumbre de ahorrar dinero para un día lluvioso y guardarlo en casa, lo que atrae a los delincuentes que se ganan la confianza, a menudo haciéndose pasar por trabajadores de los servicios sociales, para cometer robos.

Todo lo anterior nos permite concluir que las personas a medida que envejecen necesitan garantías adicionales de protección por parte del Estado, además de los servicios sociales y las asociaciones públicas, un lugar importante lo ocupan las autoridades fiscales y sus actividades de prevención y supervisión en este sentido. En nuestra opinión, la edad como categoría jurídico-penal independiente merece una atención especial, en relación con la cual la presencia en el derecho penal de normas de responsabilidad por el maltrato a las personas mayores es una medida preventiva contra la comisión de delitos contra este grupo de edad.

En Estados Unidos, las leyes pertinentes se han promulgado en cada estado por separado. Por ejemplo, en 2012, la Asamblea Legislativa del Estado de Nueva York aprobó un paquete de leyes sobre el abuso y el fraude contra las personas mayores. Según estas leyes, estos delitos se consideran delitos de clase D: las agresiones a ciudadanos mayores de 65 años cometidas por personas 10 años más jóvenes que las víctimas ya no son delitos menores de clase A, sino delitos de clase D. Los estafadores que defraudan a varias personas mayores a la vez no son condenados por un delito menor de clase A, sino por un delito grave de clase E (PUCHKOV, P.V., PUCHKOV, O.P. 2012, p. 80-94). También en Estados Unidos se ha desarrollado un sistema de denuncia de los malos tratos a las personas mayores a nivel nacional, y varias organizaciones sin ánimo de lucro, como el Comité Nacional para la Prevención de los Malos Tratos Gerontológicos y la Asociación Nacional de Servicios de Protección de Adultos, trabajan en este ámbito.

En Canadá se han adoptado medidas específicas y eficaces para proteger a las personas mayores. Las autoridades territoriales canadienses han elaborado material de formación, que incluye herramientas prácticas para los fiscales de la Corona, los funcionarios de prisiones y las fuerzas del orden sobre la prevención de la violencia doméstica, además de sesiones de formación. La provincia de Alberta aprobó en 1998 la Ley de Protección contra la Violencia Doméstica, que protege a todos los miembros de la familia: mujeres, hombres, niños y ancianos. Existen tres tipos de protección en virtud de la Ley:

1. Una orden de protección (cuando se requiere asistencia inmediata);
2. La orden de protección de la Corte Real;
3. Una orden judicial que concede el derecho a entrar en una vivienda (PUCHKOV, P.V., PUCHKOV, O.P., *op. cit.* P. 80-94).

Desde 1988, Ontario, especialmente la mayor ciudad de la provincia, Toronto, cuenta con un Sistema de Respuesta de Emergencia a la Violencia Doméstica (DVERS). El sistema fue creado por el Servicio de Seguridad Canadiense (ADT), los servicios de

apoyo a las víctimas y la policía de Toronto. La ADT proporciona a las víctimas equipos de respuesta de emergencia gratuitos y funciona las 24 horas del día, los 7 días de la semana. Un miembro de la familia en peligro puede utilizar el dispositivo para hacer una señal, que se transmite inmediatamente a la policía como una llamada de especial preocupación¹².

El Código Penal de la República de Belarús, se entiende por anciano a toda persona que, el día de la comisión del delito, haya cumplido setenta años (apartado 9 del artículo 4 del Código Penal)¹³. Varios artículos de la Parte Especial del Código Penal de la República de Belarús establecen atributos calificativos relacionados con la comisión de delitos (asesinato, imposición intencional de lesiones corporales graves, tortura) – con respecto a una persona conocida por su edad, que conllevan un castigo más severo.

El 15 de junio de 2022 en Ginebra, en el contexto del Día Mundial de Concienciación sobre el Maltrato de las Personas Mayores, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y sus asociados han publicado “Abordar el maltrato de las personas mayores: cinco prioridades para el Decenio de las Naciones Unidas del Envejecimiento Saludable 2021-2030”. El nuevo recurso expone las prioridades clave para prevenir y responder al maltrato de las personas mayores y, por tanto, contribuir a mejorar su salud, bienestar y dignidad¹⁴. Estas prioridades pretenden aumentar la conciencia pública sobre los problemas de las personas mayores mediante la mejora de los datos, la búsqueda de soluciones económicas eficaces y la movilización de recursos financieros.

3 CONCLUSIÓN

La consideración de los intereses de las personas mayores en la política penal también puede contribuir a su mayor independencia y mejor integración en la sociedad. Además de los instrumentos de derecho penal, es aconsejable utilizar otras herramientas. Los medios de supervisión de la fiscalía deben utilizarse oportunamente para evitar que se vulneren los intereses de las categorías vulnerables de ciudadanos y para averiguar si estos ciudadanos recibieron previamente la asistencia médica y social necesaria. En el Centro Científico y Práctico de la Fiscalía General de la República de Belarús en 2014,

12 Zabelina, T.Yu. **Canada and problems of violence in the family**. T.Yu. Zabelina, E.V. Israelyan, N.A. Shvedova / [Internet] – Access mode: <http://www.owl.ru/win/research/kanada.htm>. – Access date: 08 nov. 2022.

13 **Criminal Code of the Republic of Belarus**: Code of the Rep. Belarus, July 9, 1999, No. 275-Z: adopted by the House of Representatives on June 2, 1999; approved. Council of the Republic June 24, 1999; ed. Law of the Rep. Belarus dated 05.26.2021 // Consultant Plus: Belarus. Technology 3000 [Internet] / YurSpektr LLC, Nat. center of legal information. Rep. Belarus. – Minsk, 2022.

14 **New WHO resource highlights five priorities for ending abuse of older people** [Internet] – Access mode: <https://www.who.int/news/item/15-06-2022-new-resource-abuse-of-older-people>. – Access date: 08 ago. 2022.

se desarrollaron recomendaciones metodológicas sobre la organización de la prevención victimológica de los delitos y la implementación por parte de la fiscalía de la coordinación y supervisión de estas actividades. Según los autores, las personas mayores, sus familiares y otro entorno social constituyen uno de los objetos más significativos de las actividades de prevención de la victimización. La información generalizada sobre las víctimas de delitos, las causas y las condiciones de su victimización es útil para la educación jurídica de la población. En las conferencias y conversaciones, los agentes de la ley deben llamar la atención sobre las circunstancias de carácter victimista, aconsejando a la gente que esté más atenta, que observe las normas de precaución y que sea más crítica con sus propios actos y con los de los demás. La mejora de la supervisión de la fiscalía sobre la calidad y la resolución oportuna de las quejas y denuncias de violencia doméstica, el uso de sistemas de control de la seguridad pública y los sistemas locales de videovigilancia serían positivos en esta dirección. El conjunto de estas medidas se considera un medio eficaz para prevenir la delincuencia contra los grupos vulnerables y mejorar su protección social.

SOBRE OS PROBLEMAS DE PROTEÇÃO DAS PESSOAS IDOSAS

RESUMO

O artigo trata das questões relacionadas com as peculiaridades dos crimes contra idosos, típicos de vários países europeus, dos EUA, da Federação Russa, da República da Bielorrússia, etc. A análise das tendências da criminalidade revela as tendências da criminalidade moderna nos casos em que os idosos são vítimas de crimes. O artigo também descreve o papel do Ministério Público no processo de fiscalização, cujo objetivo é a proteção dos direitos e bens jurídicos de uma das camadas mais vulneráveis da sociedade, incluindo a prevenção de quaisquer formas de violência e tratamento desumano nos locais de residência (estadia) de idosos que precisam de cuidados. As informações podem ser úteis para aprimorar a legislação no campo da proteção dos direitos dessas pessoas, bem como na investigação de crimes. O tema da pesquisa é relevante porque há necessidade de aprimorar os meios e métodos de combate à criminalidade contra pessoas cujas características etárias reduzem sua previdência social.

Palavras-chave: idosos; cuidado a longo prazo; violência contra idosos; prevenção de crime.

REFERENCE

Age classification of the World Health Organization. [Internet] – Access mode: <https://agesecrets.ru/voznrast/voznrastnaya-klassifikatsiya-vsemirnoj-organizatsii-zdravoochrane niya?ysclid=16g70sc6uy993539792>. – Access date: 08 mai. 2022.

Dementia. World Health Organization. [Internet] – Access mode: <https://www.who.int/ru/news-room/fact-sheets/detail/dementia> – Access date: 08 set. 2022.

FOULKES, L. G. **Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) Human rights of older people and their comprehensive care**. Speaker: Lord George Fowles. United Kingdom. [Internet] – Access mode: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23538&lang=en>. Access date: 08 mai. 2022.

Baibarin, A. A. **Criminal law differentiation of age [Text]**: monograph / A.A. Baibarin. M.: Higher school. 252 p.: 2009. [Internet] – Access mode: <https://lawbook.online/ugolovnoe-pravo-ross-kniga/voznrast-kak-kvalifitsiruyuschiy-priznak-28325.html>. – Access date: 08 set. 2022.

Elderly care in Germany: gray areas, fraudulent schemes / [Internet] – Access mode: <https://learngerman.dw.com/en/Aged-care%D1%83%D1%85%D0%BE%D0%B4-%D0%a-45040855#>. – Access date: 08 ago. 2022.

New York State Department of Health (March 25, 2020). **Advisory: Hospital Discharges and Admissions to Nursing Homes (PDF)** [Internet] – Access mode: https://coronavirus.health.ny.gov/system/files/documents/2020/03/doh_covid19_nhadmissionsreadmissions_-032520.pdf. – Access date: 08 ago. 2022.

Mustian, J.; Peltz, J.; Condon, B. (May 22, 2020). **AP count: Over 4,500 virus patients sent to NY nursing homes**. Associated Press. [Internet] – Access mode: <https://apnews.com/article/health-us-news-ap-top-news-weekend-reads-virus-outbreak-5ebc0ad45b73a899efa81f098330204c>. – Access date: 08 ago. 2022.

Andrew Cuomo faces a reckoning for a pandemic-related cover-up. The Economist. February 20, 2021 [Internet] – Access mode: <https://www.economist.com/united-states/2021/02/20/andrew-cuomo-faces-a-reckoning-for-a-pandemic-related-cover-up>. – Access date: 08. Ago. 2022.

Puchkov, P.V., Puchkov, O.P. **Institutionalization of the fight against gerontological violence**: analysis of foreign experience // Sociological journal. 2012. No. 3. P. 80-94.

Zabelina, T.Yu. **Canada and problems of violence in the family**. T.Yu. Zabelina, E.V. Israelyan, N.A. Shvedova / [Internet] – Access mode: <http://www.owl.ru/win/research/kanada.htm>. – Access date: 08 nov. 2022.

Criminal Code of the Republic of Belarus: Code of the Rep. Belarus, July 9, 1999,

No. 275-Z: adopted by the House of Representatives on June 2, 1999; approved. Council of the Republic June 24, 1999; ed. Law of the Rep. Belarus dated 05.26.2021 // Consultant Plus: Belarus. Technology 3000 [Internet] / YurSpektr LLC, Nat. center of legal information. Rep. Belarus. – Minsk, 2022.

New WHO resource highlights five priorities for ending abuse of older people [Internet] – Access mode: <https://www.who.int/news/item/15-06-2022-new-resource-abuse-of-older-people>. – Access date: 08 ago. 2022.

A PROVA DOS LEGADOS DA DITADURA
MILITAR – O RIGOR DA JUSTIÇA FEDERAL
A PARTIR DAS PREMISSAS DEMOCRÁTICAS
DE FREDERICK SCHAUER

*MILITARY DICTATORSHIP PROOF: THE FEDERAL
JUSTICE SEVERITY ANALYZED THROUGH FREDERICK
SCHAUER DEMOCRATIC PREMISES*

A PROVA DOS LEGADOS DA DITADURA MILITAR – O RIGOR DA JUSTIÇA FEDERAL A PARTIR DAS PREMISSAS DEMOCRÁTICAS DE FREDERICK SCHAUER¹

MILITARY DICTATORSHIP PROOF: THE FEDERAL JUSTICE SEVERITY ANALYZED THROUGH FREDERICK SCHAUER DEMOCRATIC PREMISES

Emanuel de Melo Ferreira²

RESUMO

O presente artigo investiga em que medida juízes federais levam adiante práticas autoritárias ao não enfrentar resquícios das torturas praticadas durante da ditadura militar. Nesse contexto, a questão central a ser enfrentada é: como a Justiça Federal tem se comportado diante da análise da prova acerca da tortura praticada durante o regime de exceção? A metodologia empregada compreende o estudo de diversos casos lidos a partir da mais recente obra de Frederick Schauer, concluindo-se que há uma espécie de aceitação dos argumentos em prol da ditadura pelos juízes, os quais impõem um rigoroso padrão probatório incompatível com a proteção do regime democrático.

Palavras-chave: Frederick Schauer; justiça federal; direito probatório; ditadura militar.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto busca dialogar com a mais recente obra de Frederick Schauer, repleta de notável caráter político, num momento de marcante crise da democracia e, no Brasil, da própria Constituição de 1988, perquirindo em que medida a concepção probatória apresentada pelo referido autor pode ser útil, para analisar o caso do autoritarismo brasileiro, especialmente, diante dos legados da ditadura militar. Especificamente,

¹ Data de Recebimento: 23/11/2022. Data de Aceite: 25/11/2022.

² Professor Efetivo da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN-Mossoró). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Ordem Jurídica Constitucional (UFC). Especialista. Procurador da República. Contato: emanuelmelo@uern.br.

investigar-se-á em que medida juízes federais levam adiante práticas autoritárias, ao não enfrentar resquícios das torturas então praticadas, seja diante de ações penais movidas pelo Ministério Público Federal (MPF), ou de ações civis ajuizadas pelos mais diversos agentes, como os familiares das vítimas do período de exceção. Na mesma perspectiva, casos envolvendo tentativa de censura judicial à Comissão Nacional da Verdade ou a comemoração ao golpe militar também serão estudados.

Nesse contexto, a questão central a ser enfrentada neste artigo é: como a Justiça Federal tem se comportado diante da análise da prova acerca da tortura praticada pela ditadura militar? Em ações de indenização movidas pelas vítimas do regime, eventual rigor na avaliação, deslegitimando-se o depoimento pessoal da vítima, pode caracterizar um sério e perigoso traço de continuidade autoritária entre a ditadura e o regime constitucional de 1988.

A argumentação judicial desenvolvida, assim, mostra-se muito importante para se alcançar uma resposta satisfatória para a questão proposta, a qual somente pode ser contemplada a partir de metodologia em torno de estudos de caso. Nessa linha, far-se-á o estudo comparativo de algumas ações cíveis e penais partindo-se de uma leitura na qual, diante das diversas evidências históricas existentes, a tortura é uma prática que pode ser presumida, numa análise inicial, tendo em vista o caráter sistemático e generalizado em torno dos crimes contra a humanidade praticados pelos militares.

Obviamente, não se quer dizer que tal prática não deva ser provada em juízo, mas, sim, que há uma forte presunção, a partir do próprio aparato estatal, da ocorrência dela. Nesse contexto, por que recorrer à mais recente obra de Schauer? Sustenta-se que tal obra é comprometida com uma forte preocupação política com a democracia, como será explorado adiante, sendo adequada para corroborar como interpretações mais atentas com a saúde democrática devem ser preferidas no cenário no qual vivemos.

O trabalho desenvolve-se em duas seções. Na primeira, a obra geral de Frederick Schauer será sumariamente apresentada, destacando-se, na mais nova publicação dele, como o impacto do autoritarismo levado a cabo por Donald Trump impõe séria tomada de postura por parte de juristas, que ainda lutam pela Constituição, sendo útil para complementar a teoria do autor em torno do positivismo presumido. Em seguida, alguns casos serão analisados, buscando-se compreender como juízes têm argumentado em torno da comprovação da tortura antes mencionada. Conclui-se, após tal análise qualitativa, sustentando que há um rigor excessivo em parcela da Justiça Federal na valoração do conteúdo probatório, demonstrando um nível de colaboracionismo anti-democrático incompatível o projeto constitucional de 1988.

2 AS EVIDÊNCIAS PARA COMPROVAÇÃO DA EROÇÃO DEMOCRÁTICA

A presente seção busca, brevemente, situar o pensamento de Frederick Schauer no contexto mais amplo da teoria do direito, especificando a íntima relação de sua última obra com a democracia. Como dito na introdução, este foi o corte metodológico utilizado na leitura do texto, sustentando que, a partir dele, é possível utilizar o pensamento do autor, mesmo para realidades diversas da norte-americana, a qual, como se sabe, nunca precisou preocupar-se com um golpe militar e respectivos entulhos autoritários.

Na sua última obra, Frederick Schauer sustenta a importância em torno da correta utilização das fontes probatórias, para a comprovação de tudo aquilo que seja pertinente para a política ou para o direito, mesmo reconhecendo que o livro não é, na sua visão, propriamente jurídico. (SCHAUER, 2022, p. 9) A preocupação política é evidenciada em diversas passagens na qual a falsidade de discursos em torno da pandemia do COVID-19 é destacada a partir, por exemplo, da defesa oficial que se chegou a fazer de remédios como a hidroxicloroquina (SCHAUER, 2022, p. 2).

Mas é no cenário da política eleitoral que a presente obra ganha uma importância considerável para realidades como a brasileira, levando em conta os diversos momentos em que Schauer, citando, expressamente, a conduta de Donald Trump, elenca os ataques à eleição perpetrados pelo ex-Presidente, o qual, sem qualquer comprovação, alegou que as eleições americanas de 2020 tinham sido fraudadas, tendo ele, na verdade, vencido o pleito. (SCHAUER, 2022, p. x, 21, 28, 51, 116, 235) Escrevo este texto aguardando o segundo turno das eleições brasileiras, mas já é possível prever, levando em conta os precedentes em torno da conduta do Presidente Jair Bolsonaro, que alegações semelhantes ocorrerão por aqui caso ele perca.

A tentativa frustrada de golpe de Estado praticada pelos apoiadores de Donald Trump, em 06 de janeiro de 2021, dialoga com a realidade brasileira em torno do avanço da extrema direita, a qual, no Brasil, apresenta continuidades com a política desenvolvida na ditadura militar, eis que o bolsonarismo tem tal regime como modelo de bom governo (LYNCH, CASSIMIRO, 2022, p. 74)³. Ocorre que, como Schauer sustenta, as fontes de prova somente interessam para aqueles preocupados com a verdade, não sen-

3 Pelo menos duas fontes compõem essa apologia ao governo militar. Através da primeira, tem-se uma tentativa de justificação teórica para as graves violações de direitos humanos ocorridas na ditadura militar efetivada em manuscrito anônimo produzido na caserna em 1985, denominado *Orvil: tentativas de tomada do poder*, no qual os crimes contra a humanidade então praticados são negados ou vistos como meros acidentes de percurso, inevitáveis quando se tratava uma guerra contra o inimigo comunista presente no jornalismo, na academia ou na política. (LYNCH; CASSIMIRO, 2022, p. 75-76) A segunda fonte teórica é o livro de memórias de Carlos Alberto Brilhante Ulstra, *A verdade sufocada*, na qual o autor se coloca como um grande herói nacional e não como um torturador, ressentindo-se de ser assim retratado pelos defensores de direitos humanos, os quais, agora, levariam adiante o comunismo. (LYNCH; CASSIMIRO, 2022, p. 76).

do claro que tal virtude interessa a todos, pois tem-se uma espécie de competição entre ela e outras preferências, como afeto, amizade, riqueza ou felicidade, e uma série “de outras emoções e condições as quais podem, às vezes, entrar em conflito ou mesmo ser mais importante que a verdade”. (SCHAUER, 2022, p. 6).

A lembrança, em torno do afeto e das emoções, é importante, dialogando com a tradição não racionalista da política como sustentavam, por exemplo, Carl Schmitt (SCHMITT, 2009) ou Francisco Campos (CAMPOS, 2001). É a partir da irracionalidade ligada à preferência subjetiva com um líder que se torna possível explicar como juízes federais duvidam dos crimes contra a humanidade praticados na ditadura militar, relativizando fatos históricos comprovados através de diversas evidências, inclusive a partir de precedentes de Cortes Internacionais.

Nessa perspectiva, é possível perceber como Schauer está preocupado em desenvolver uma tese sobre epistemologia, investigando como é possível conhecer determinado fato, estabelecendo se ele, realmente existe na sociedade. (SCHAUER, 2022, p. 5) Como será visto na próxima seção, a comprovação da tortura passa, muitas vezes, por um enfrentamento do julgador contra suas próprias preferências políticas (SCHAUER, 2022, p. 1), não conseguindo resistir quando está em jogo aspecto importante do regime democrático. Nesse ponto, não se pode, propriamente, surpreender-se, eis que o papel da ideologia no processo de tomada da decisão judicial já é conhecido a partir, por exemplo, do trabalho de Duncan Kennedy. (KENNEDY, 1997).

Mas a relação entre a obra de Schauer e a luta contra o autoritarismo precisa ser mais bem definida. Algumas das diversas práticas já elencadas anteriormente, em torno do desrespeito ao resultado eleitoral, ou utilização de notícias falsas, mesmo no contexto de uma pandemia, inserem-se no lento processo de erosão constitucional desenvolvido por diversos autores, como Emílio Peluso Neder Meyer, para quem o projeto constitucional de 1988 está sob gradual ataque. (MEYER, 2021) Frederick Schauer está atento a essa realidade complexa e desafiadora, desenvolvendo seu texto a partir da premissa em torno da defesa do regime democrático. Isso é possível perceber, para além dos exemplos em torno do ex-Presidente dos Estados Unidos, a partir da argumentação por ele desencadeada quando está diante de uma possível prova capaz de gerar a responsabilização, mesmo que política, de Donald Trump.

Veja-se, por exemplo, quando Schauer analisa toda a problemática e dificuldade em se admitir um testemunho referido, ou seja, aquela prática na qual uma testemunha afirma que outrem lhe disse algo, o “hearsay”, no original. O autor inicia o ponto a partir das dúvidas levantadas acerca do real conhecido de Melania Trump, esposa de Donald Trump, de outras idiomas, como o francês. A dúvida surgia a partir da fala de diversas pessoas que trabalhavam com Melania, os quais afirmavam que ela falava poucas palavras em outras línguas. (SCHAUER, 2022, p. 87).

Tratava-se, assim, de uma espécie de testemunho referido que poderia ser verdade ou não, mas, acima de tudo, não seria tão importante quanto um outro “*hearsay*” que apontasse como Donald Trump “deixou claro que não iria ligar para os manifestantes que naquele momento estavam atacando o Capitólio”. (SCHAUER, 2022, p. 86) Em situações como essa, Schauer sustenta que a desqualificação do testemunho referido, pura e simples, é equivocada pois se trata de uma fonte de prova, merecendo assim ser considerada. (SCHAUER, 2022, p. 90).

O autor está sustentando que vale tudo para condenar Donald Trump pela incitação ao golpe de Estado? Não, ele está fazendo uma análise contextual, a qual, não admitindo preliminarmente, a deslegitimação de uma evidência, reconhece, a princípio, sua utilidade. E é exatamente o cuidado com o contexto que torna a obra em análise tão importante para o conhecimento do autoritarismo, pois o autor não está fechando os olhos para a realidade em torno do processo de erosão constitucional, já comprovadamente levado a cabo, por diversos atos, por lideranças autocratas como Donald Trump e Jair Bolsonaro.

Uma teoria das fontes de prova atreladas à política, da maneira como efetivada por Schauer, pode ser utilizada para ampliar os horizontes do positivismo presumido do autor, oferecendo complementações importantes na medida em que esclarece como a presunção de força de uma regra pode ser superada⁴. Retomando as ideias clássicas do autor, a pesquisa do professor da Universidade da Virgínia concentra-se especificamente na possibilidade de superação das regras pelos juízes, sendo o positivismo presumido uma forma de decisão judicial superior aos modelos formalista puro, particularista ou particularista sensível às regras⁵.

As regras são fruto de um processo de generalização indutiva: a partir da observação

4 No Brasil, Humberto Ávila (2014, p. 141) apresenta modelo para se estabelecer quando uma regra pode ser superada. Ele aponta que tal modelo é bidimensional, pois leva em conta aspectos materiais, com o preenchimento de certas condições de conteúdo, e procedimentais, com a observância de requisitos de forma. Assim, para uma que se justificasse a superação de uma regra num determinado caso concreto, a operação envolvida: a) não poderia ir de encontro à finalidade subjacente à regra, sendo este o aspecto material; b) não poderia gerar insegurança jurídica a partir da possível multiplicação de julgados afastando a regra em situações semelhantes. O caso, assim, deveria ser único, realmente excepcional, de modo que, somente diante das condições especificamente nele dispostas, poderia ocorrer a superação da regra.

5 Os modelos formalista e particularista estão nos extremos dessa distinção. O primeiro sustenta a correção de uma decisão judicial quando esta aplica a regra pura e simplesmente, sem fazer qualquer consideração acerca da justificativa ou propósito por ela almejados. É um modelo, assim, que pode gerar resultados absurdos ou injustos, mas que tem a virtude da previsibilidade e segurança (SCHAUER, 1991C, p. 650). O modelo particularista, por sua vez, está no extremo oposto do modelo formalista. Ele apresenta esse nome porque sustenta como correta a decisão judicial fundamentada unicamente nas particularidades do caso concreto, buscando o melhor resultado numa perspectiva moral, política, econômica ou social, buscando os propósitos subjacentes à regra sem qualquer preocupação com a literalidade desta. É um modelo que não admite os resultados absurdos ou injustos, apostando na virtude dos juízes para alcançar tais finalidades (SCHAUER, 1991C, p. 648). O modelo particularista sensível às regras e o positivista presumido, por outro lado, situam-se entre esses extremos. O particularista sensível às regras busca a melhor solução para o caso, mas, no balanço de razões, inclui o valor da regra como instrumento para segurança jurídica. Logo, diferentemente do modelo particularista puro, o valor da regra é levado em conta (SCHAUER, 1991C, p. 650).

de determinado evento, busca-se elencar uma causa relevante para se generalizar uma determinada prescrição. O exemplo sempre lembrado por Frederick Schauer refere-se à norma que proíbe a entrada de cachorro em restaurante, tendo em vista que, certa vez, tal tipo de animal causara desordem no ambiente. (SCHAUER, 1991, p. 23) No âmbito da prova, poder-se-ia imaginar que o respectivo ônus cabe a quem alega o fato, mas, diante de circunstâncias como hipossuficiência técnica, pode ocorrer uma inversão dinâmica, excepcionando-se o regramento original.

Nesse sentido, Noel Struchiner (2018. p, 191), interpretando a obra de Schauer, aponta que a construção “é proibida a entrada de cachorros”, como regra prescritiva⁶, apresenta dois elementos: um antecedente ou predicado fático e um conseqüente ou operador deôntico. O predicado fático é uma hipótese a ser verificada no mundo dos fatos e, uma vez ocorrendo, desencadeia a aplicação do conseqüente, com a permissão, autorização ou, no caso, a proibição de determinada conduta.

A generalização lida com a probabilidade (SCHAUER, 1991, p. 27): como certa vez um cachorro causou transtorno no restaurante, é possível que isso ocorra novamente, devendo-se proibir a entrada deles. Como um fato bruto, a regra tem a pretensão de exercer pressão sobre seu destinatário: não fosse a regra, a conduta seria outra (SCHAUER, 1991, p, 1-3). Ocorre que, a pretexto de regular uma conduta, as regras acabam deixando de regular fatos igualmente importantes para o alcance da sua finalidade ou, por outro lado, acabam regulando condutas em excesso, as quais, de modo algum, ofenderiam a finalidade protegida. As regras, assim, são sub e sobre inclusivas (SCHAUER, 1991, p, 30-34).

A tese central de Frederick Schauer consistente no positivismo ou formalismo presumido. Tal teoria apregoa que as regras constituem uma presunção não absoluta para o julgador: elas devem ser aplicadas, mas, diante de uma situação absurda ou injusta, o melhor resultado deveria ser buscado. O foco, assim, é na aplicação da regra, mesmo que ela determine resultados que não sejam os melhores. Somente em casos excepcionais, elas poderiam ser afastadas (SCHAUER, 1991C, P, 674-679). Quais casos são esses? Nos escritos anteriores do autor, não há uma preocupação mais específica em torno de tal estipulação teórica, despontando sua última obra como uma possibilidade para superação dessa lacuna, na exata medida em que oferece uma teoria política e não unicamente jurídica das fontes de prova.

Schauer, ao explicitar o positivismo presumido, inicialmente, procura reabilitar o formalismo como teoria jurídica respeitável, desenvolvendo ao final a primeira versão do que denomina “formalismo presumido”. Nessa linha, ele busca refutar a ideia

⁶ Schauer contrapõe as regras prescritivas, que determinam que algo deve acontecer, das regras descritivas, as quais apontam como certo que algo ocorrerá, tendo em vista tratarem das coisas da natureza. (SCHAUER, 1991, p. 24-27).

de que formalismo, por si só, seria algo necessariamente ruim, imagem amplamente difundida na teoria jurídica contemporânea⁷ (SCHAUER, 1988). O formalismo o qual caracterize-se pela aplicação de regras, pode ser algo valoroso para o direito, pois teria o mérito de limitar atuação de juízes orientados pela busca desenfreada pelo poder. Tal virtude, no entanto, também pode esconder vícios voltados para uma apologia da ditadura militar, em frontal ataque aos pilares da Justiça de Transição⁸, como os casos adiante estudados demonstrarão.

Os prolegômenos do positivismo presumido vão surgir a partir dessa investigação do autor em torno de formas aceitáveis de formalismo, partindo da premissa de que as regras apresentariam não uma restrição absoluta aos julgadores, mas, sim, graus de restrição que, dependendo do caso e dos resultados extremamente absurdos gerados pela aplicação literal, ela poderia ser afastada. A restrição envolvida na aplicação da regra seria, assim, presumida (SCHAUER, 1988, p. 544-547).

Três anos após a publicação dessa primeira versão inicial do positivismo presumido no texto *Formalism*, Schauer esclarece e aprofunda sua teoria no contexto daquelas outras formas de decisão já citadas. Em *Rules and the rule of law*, o autor explicita sua teoria a partir da constatação de que os críticos do positivismo, como Dworkin, apontam a existência de diversas decisões judicial que não aplicam a regra em si, mas as justificativas ou princípios que as fundamentariam, como ocorrido no caso Riggs x Palmer já citado.

Schauer (1991, p. 675) sustenta que pode explicar porque decisões desse tipo, que aplicam um princípio como aquele no qual “ninguém pode se beneficiar da própria torpeza” ao invés de uma regra, podem conviver com outros tipos de decisão que fazem a argumentação oposta, concluindo pela aplicação da regra e não do princípio. Situações potencialmente conflitantes desse tipo ocorreriam devido à já citada força presumida das regras, elaborando o autor, neste momento, o conceito de presunção justificatória.

7 O autor não busca fazer uma defesa geral do formalismo, à medida em que critica decisões que, por exemplo, mascaram a existência real de escolha para o julgador sob o falso argumento de aplicação de um silogismo. É essa a crítica contra decisões como *Lochner v. New York* (1905), a qual, para julgar inconstitucional as normas sociais aprovadas que buscavam proteger a relação trabalhista, a Suprema Corte Americana limitou-se a pontar que: a) a liberdade de contratar é prevista constitucionalmente sem limitações; b) empregador e empregado contrataram entre si; c) logo, não há qualquer limite que a lei possa estabelecer. Esse é um silogismo formalista criticável porque desconsidera a ampla liberdade de escolha e avaliação que o julgador tem ao interpretar a palavra “liberdade”, com profundas implicações políticas, econômicas e sociais envolvidas. (SCHAUER, 1988).

8 A literatura sobre justiça de transição apresenta as diversas finalidades buscadas para superação e não repetição de um passado autoritário, o qual pode ter envolvido guerras ou demais violações, em diferentes graus, dos direitos humanos, almejando-se a paz e a conciliação nacional. Uma síntese de tais atitudes reparadoras é efetivada por Paul Van Zyl, para quem os modelos de transição devem ser comprometidos, de maneira inter-relacionada e com adoção complementar, com medidas como: a) publicização das ações estatais levadas a cabo no período de exceção, como concretização do direito à verdade; b) reparação integral às vítimas; c) persecução penal dos agentes; d) reforma institucional para a democracia, levando em conta que a realidade na qual os agentes responsáveis pelas violações ainda ostentam poder na sociedade, devendo-se discutir o nível e forma de realização de tais objetivos, preocupando-se tanto com o passado mas também com o futuro a partir da busca pela mencionada paz e estabilidade (ZYL, 2009, p. 32; 38; 49; 52; 55).

A presunção justificatória está relacionada ao peso que as razões possuem num eventual balanço, existindo aquelas mais persuasivas ou mais importantes que outras, podendo abrir espaço para a exceções normativas⁹. As regras, nessa linha de raciocínio, apresentariam uma presunção justificatória em torno da utilização de uma razão que fosse mais forte que outra. Como se trata de uma presunção em torno da aplicação da literalidade da regra, ela poderia ser superada, mas somente diante de uma razão que evitasse o resultado extremamente errado. Em outras palavras: há presunção em torno da razão que leve à aplicação da regra, em si, e não ao seu propósito, mesmo quando a regra conflita com os propósitos de normas sociais mais amplas, o fazendo, no entanto, não de modo extremo. Seria um erro simples, não extremo ou grosseiro, aplicar a regra em si (SCHAUER, 1991C, p, 675).

O positivismo presumido tem o mérito de não admitir o engajamento ativo do julgador na procura por tais razões, que possa levar à superação da regra. Ele admite que isso possa ser feito, mas, agindo como uma espécie de “simplificador psicológico” (SCHAUER, 1991C, p, 677) na mente do julgador, aconselha-o a promover “olhares casuais”, “checagens preliminares”, “vislumbre” ou uma mera “espiada” na busca por possíveis razões que justifiquem a não aplicação literal da regra (SCHAUER, 1991C, p, 677).

De fato, juízes, como qualquer autoridade detentora de poder, podem abusar dele, consistindo prática ainda mais grave diante de dificuldade de detecção, eis que há a manipulação do direito para fins não-democráticos, compondo o caso da legalidade autoritária da ditadura militar (PEREIRA, 2010), ou de controle judicial de constitucionalidade abusivo¹⁰ (LANDAU; DIXSON 2020). Uma teoria política pode auxiliar na explicitação desses abusos judiciais, e é tendo em vista esse contexto na análise das fontes de prova, que também se pode afirmar como as alegações de tortura ocorridas durante a ditadura militar devem ser levadas a sério com a estrutura de terror montada a partir dos porões do regime militar.

9 A relação entre mudanças profundas no direito e o uso progressivo das exceções pode ser um sintoma de uma patologia: o descompasso entre o direito e a realidade social. Nesse sentido, esclarece Schauer: “O uso de uma exceção é um sinal que o direito e a sociedade na qual ele destina não estão em harmonia. Se isso é uma coisa boa ou ruim depende especialmente do particular contexto substantivo, mas é sabido que aqueles que utilizam ou impulsionam o que agora é visto como uma exceção são aqueles que apregoam mudança no status quo, enquanto aqueles que se manifestam contra as exceções são aqueles para quem a estrutura linguística e conceitual existentes na sociedade refletem o mundo como eles desejam que ele seja.” (SCHAUER, 1991B, p. 893).

10 Apesar de os Tribunais serem vistos como guardiões da democracia constitucional liberal, tem sido possível encontrar decisões judiciais que atingem o núcleo da democracia eleitoral na medida em que: a) legitimam leis e práticas anti-democráticas; b) banem partidos de oposição; c) eliminam os limites aos mandados presidenciais e d) reprimem legisladores, compondo cenário denominado por David Landau e Rosalind Dixon como “controle judicial de constitucionalidade abusivo”. (LANDAU; DIXON, 2020, p. 1313) Isso ocorre a partir da captura das Cortes Constitucionais efetivadas por lideranças autoritárias, as quais utilizam a aparente legitimidade em torno do formalismo jurídico desenvolvido pelo Poder Judiciário para ocultar as manobras em prol da erosão democrática. (LANDAU; DIXON, 2020, p. 1313).

2.1 O rigor da Justiça Federal na caracterização da tortura

A presente seção analisará a adoção de exigentes padrões probatórios pelos juízes, prejudicando as partes que lutam contra alguns dos legados autoritários, seja no âmbito penal ou civil, no contexto da tortura praticada durante a ditadura militar. Tal conduta judicial pode desenvolver-se a partir da busca pela deslegitimação das provas presentes nos autos, ou podendo, até mesmo, induzir o leitor ao erro, a partir da argumentação e da forma como apresenta certas expressões, destacadas para aparentar um cenário, o qual, na verdade, não corresponde à realidade. Além disso, há casos em que determinados fatos são tidos como introversos pelos juízes sem que haja, no entanto, qualquer indicação de fonte apta a comprovar a argumentação empírica delineada.

No caso Etienne Romeu¹¹, a decisão que rejeitou a denúncia oferecida pelo MPF desconsiderou as provas das torturas sofridas, limitando-se a lançar dúvidas sobre a confiabilidade do depoimento da vítima. Para tanto, o juiz federal recorreu à deslegitimação do respectivo depoimento pessoal, mencionando que a pretensa vítima fora, na verdade, condenada com base na Lei de Segurança Nacional à época do regime militar. (BRASIL, 2016). Na medida em que desconsidera a importância do depoimento da vítima, essencial em casos envolvendo violência sexual, diante da dificuldade em se obter material probatório por outras fontes, a decisão judicial, em comento, se releva colaborativa com os legados do período de exceção.

Não se trata de admitir como verdadeiras, necessária e absolutamente, as alegações das vítimas, mas reconhecer que há uma presunção de violência por parte do regime ditatorial militar, advindo daí padrões probatórios mais realistas e capazes de prevenir a repetição do período de exceção. Nessa linha, deve-se destacar que, a partir do Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade, treinamento oferecido na Escola Nacional de Informações do SNI sobre “Cobertura de ponto e neutralização de aparelhos”, havia a previsão de que os interrogatórios poderiam ser “graduados em intensidade”, admitindo-se, assim, a realização de torturas. (BRASIL, 2014, p. 120) Não é desarrazado, assim, conferir um peso mais elevado ao depoimento das vítimas, diante da análise sistemática em torno das comprovadas violações de direitos humanos ocorridas nos porões da ditadura.

No caso Antonio Torini¹², a estratégia para negar a tortura ocorrida foi semelhante

11 Inês Etienne Romeu era uma militante e dirigente que integrava a Vanguarda Popular Revolucionária, tendo sido sequestrada, torturada e estuprada a partir de 5 de maio de 1971, especialmente quando, três dias depois, foi encaminhada para a “Casa da Morte”, em Petrópolis/RJ, conforme narra o Ministério Público Federal na denúncia ofertada contra Antônio Waneir Pinheiro Lima, o “Camarão”. (BRASIL, 2016, p. 2-3)

12 Livonete Aparecida Torini, herdeira do anistiado político Antonio Torini, ajuizou ação pleiteando danos morais em face das perseguições sofridas por seu esposo durante a ditadura militar. O estudo do caso é ainda mais rico tendo em vista que ele envolve a atuação de empresas em colaboração com a ditadura militar. No caso, tratava-se da Volkswagen,

à verificada no caso de Etienne Romeu. Ao exigir um tipo de prova impossível de ser produzida pela vítima, os juízes desconsideraram, deliberadamente, o cenário de ataque sistemático e generalizado que existia na época da ditadura. Ademais, ignoraram que, está historicamente provado que a tortura era, sim, um método de atuação desse regime, ainda mais em casos envolvendo militantes ligados ao operariado. Tratando-se de um caso cível, era justificável considerar tais indícios para constatar que seria altamente provável que Antonio Torini houvesse sido torturado. Assim, o que deve se destacar, nesses casos, é o rigoroso padrão probatório exigido pelos juízes às vítimas da ditadura, bem como utilização de uma argumentação que lança dúvidas sobre seus relatos e certezas sobre a adequação dos procedimentos judiciais desenvolvidos na ditadura militar.

O MPF e Defensoria Pública da União (DPU) interuseram embargos de declaração a essa decisão, solicitando que fosse autorizada sua intervenção em vista da proteção ao regime democrático envolvida no caso, e demonstrando contradições no acórdão. Essas estariam relacionadas ao indevido conhecimento da remessa necessária, à revitimização e à valoração equivocada de provas (BRASIL, 2021, p. 1-49).

Nos embargos interpostos pelo MPF (BRASIL, 2021), a revitimização foi explorada como circunstância decorrente da aplicação da legalidade autoritária do regime militar, para promover um novo julgamento da vítima, baseado em suposto estudo efetivado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Diz-se suposto porque, como percebido pelo MPF, não consta qualquer indicação da respectiva fonte nas notas de rodapé do acórdão¹³. Assim, os desembargadores imputaram fatos criminosos à vítima, sem oferecer-

a qual procedeu, até mesmo, à detenção de Antonio Torini, realizada através da própria segurança da indústria (BRASIL, 2021, p. 16).

13 Com base no suposto estudo, o acórdão sugere que a vítima integraria o Movimento pela Emancipação do Proletariado (MEP), “Organização política revolucionária, de âmbito nacional, que começou a se estruturar na clandestinidade em 1972 na luta contra o regime militar e pela criação das condições subjetivas para a revolução socialista. No final dos anos 1970 e início da década seguinte participou ativamente na construção do Partido dos Trabalhadores (PT), vindo a se unificar, em 1985, à Ala Vermelha, constituindo uma das tendências do partido. O MEP originou-se do trabalho político desenvolvido por um pequeno grupo de militantes da Fração da Política Operária (PO) e do Partido Operário Comunista (POC), depois de fevereiro de 1972, quando essas organizações deixaram de existir em virtude das prisões. A construção do MEP iniciou-se, portanto, numa situação bastante adversa, de extrema repressão e isolamento das forças de esquerda. As organizações revolucionárias que atuavam no país perdiam para a repressão a maioria de seus quadros e praticamente deixavam de existir. Além disso, o enfraquecimento ideológico, o medo e o desânimo levavam muitos militantes a abandonar a atividade política. Apesar de tudo, o MEP organizou-se em nível nacional, com militantes em quase todos os estados e transformou-se numa das mais importantes organizações políticas daquela época, com grupos dirigentes organizados em diversas capitais do país (Belém, São Luís, Fortaleza, João Pessoa, Natal, Recife, Salvador, Vitória, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba, Florianópolis, Porto Alegre, Brasília). O MEP adotou as linhas gerais do Programa Socialista para o Brasil, elaborado pela organização revolucionária marxista Política Operária (Polop). Apesar de ser um programa socialista, o programa do MEP previa as alianças de classe e a formação de um governo em torno de um programa mínimo, com as forças representativas dos trabalhadores da cidade e do campo, como meio de golpear o grande capital e abrir o caminho para as transformações socialistas. Além da força teórica que representavam as concepções desse programa, o MEP fortaleceu-se ideologicamente, em primeiro lugar, com a luta contra os dois principais desvios da nova esquerda: o ‘doutrinismo’, representado pelas vertentes saídas da antiga Polop, e o ‘vanguardismo’, representado pelas vertentes da luta armada desfechada por pequenos grupos ou focos. Em segundo lugar, com a luta contra o ‘democratismo’, representado por vertentes que ao fazerem uma autocrítica do militarismo acabavam por assumir a perspectiva de uma mudança de caráter democrático e nacional para a revolução brasileira. Sem deixar de assumir e colocar em prática a propaganda

-lhe qualquer possibilidade de contraditório. Além disso, o desenvolvimento de uma postura judicial ativa em busca de evidências, quando somado aos demais vícios processuais elencados, lança fundadas dúvidas sobre a imparcialidade do órgão julgador.

Ao reproduzir o suposto estudo da FGV, usa-se destaque em negrito para ressaltar passagens tidas como relevantes e determinantes pelos julgadores. Isso ocorre, por exemplo, no que se trata da descrição da suposta luta armada travada pela organização à qual a vítima pertencia, dando a entender que Torini se tratava de pessoa perigosa e violenta. A sugestão judicial, no entanto, afigura-se equivocada, pois, como narrado na própria inicial¹⁴, o delito imputado à vítima perante a Justiça Militar da ditadura foi o de buscar reorganizar partido político já dissolvido ou exercer atividade nociva aos interesses nacionais, nos termos do art. 43 do Decreto Lei 898/69. De acordo com trechos do Inquérito Policial Militar, as condutas desenvolvidas por Antonio Torini foram as seguintes, como citado pelo MPF:

Desde que ingressou na Volkswagen do Brasil, passou a militar no PCB, colaborando com pequenas quantias em dinheiro, recebendo documentos partidários e fazendo reuniões políticas.

das idéias socialistas e a como meio de derrotar os poderosos e construir o perspectiva da via armada socialismo e a luta cotidiana para conquistar e ampliar as liberdades democráticas, o MEP jogou seus esforços numa política de construção partidária e de ligação com o movimento de massas. Destacou-se nessa política o trabalho de oposição sindical e de construção de tendências dentro do movimento. Foi através dessa prática que o MEP contribuiu para fortalecer a resistência à ditadura dentro do movimento das classes trabalhadoras, o surgimento de um sindicalismo combativo e a formação política dos setores mais atuantes do movimento de massas. Mais tarde, com as iniciativas para a formação de um partido legal e de massas, ele desempenhou um papel importante, no plano ideológico e prático, em relação à construção do PT. Antes mesmo do congresso de fundação do MEP, a organização contou com um jornal oficial, editado clandestinamente, denominado Nova, que desempenhou um papel importante na construção e na formação política e Luta ideológica do MEP. A publicação foi um instrumento de denúncia da ditadura e da exploração, de divulgação das pequenas lutas de resistência, de solidariedade aos trabalhadores e a todos os povos que lutavam pela liberdade. Além do , o MEP Nova Luta editou, a partir de 1974, a revista , que veiculou os debates em torno da Teoria e Prática estratégia e tática das organizações revolucionárias e na formação política e ideológica dos seus militantes. A partir de 1979, a organização foi responsável pela edição do jornal. De caráter legal, devido à nova conjuntura atravessada pelo país após a Companheiro edição da Lei da Anistia (agosto de 1979), a publicação dirigia-se às oposições, tendências e setores mais ativos do movimento das classes trabalhadoras, dos estudantes e da intelectualidade. Participaram da organização do movimento, entre outros, Ivan Valente (deputado estadual pelo PT paulista entre 1987 e 1995 e deputado federal entre 1995 e 1999), Nilson Benoni, Luís Felipe Falcão, Jorge Hue, Sidnei Lianza, Franklin Coelho, André Papi, Luís Sérgio Gomes da Silva, Luís Arnaldo Dias Campos, Luís Dulci (deputado federal pelo PT mineiro entre 1983 e 1987), Celso Daniel (prefeito de Santo André, pelo PT, entre 1989 e 1992 e pela segunda vez a partir de 1997, e deputado federal pelo PT paulista de 1995 a 1996), Edmilson Rodrigues (deputado estadual pelo PT paraense e prefeito de Belém desde 1997), Jorge Paz, Regina Carvalho, Paulo Frateschi (ex-deputado estadual em São Paulo pelo PT), Gumercindo Milhomen Neto (deputado federal pelo PT paulista entre 1987 e 1991 e constituinte em 1987-1988), Paulo Rubens (deputado estadual pelo PT pernambucano) e Fernanda Carísio (presidente do Sindicato dos Bancários do Estado do Rio de Janeiro)” (destaques no original) (BRASIL, 2021). A citação encerra-se desse modo, sem a respectiva nota de rodapé e consequente indicação da fonte.

14 “Antonio Torini esteve PRESO, para fins de averiguação, no DOPS, n período de 02.08.72 a 19.09.12, tendo respondido, neste Juízo, ao Processo n. 784/72. Denunciado em 16.11.72 e recebida em 05.12.72, como incurso nas sanções do art. 43, do DL 898/69. Julgado em 26.06.73, tendo sido PERDOADO, por maioria de votos. Apelou o MPM e o STM, em sessão de 27.08.74, reformou a sentença para CONDENA-LO à pena de 02 (dois) anos de reclusão, como incurso nas sanções do art. 43, do DL 898/69. Foi PRESO em 09.09.74, quando de sua apresentação, tendo sido encaminhado ao Presídio do Hipódromo. Em 09.09.75, por decisão deste Juízo foi-lhe concedido Livramento Condicional, através do of. n.1080, foi encaminhado o ALVARÁ DE SOLTURA em 11.09.77” (BRASIL, 2021).

Durante a campanha sindical para a diretoria do Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo do Campo, por orientação da direção do PCB, disputou uma vaga e no caso de ter sido eleito, lá deveria seguir a linha política da organização.

Participou de reuniões com elementos da base da Volkswagen, onde eram discutidos problemas do PCB e recebiam aulas da sua “cartilha”, que eram ministradas por ANITA LEOCADIA PRESTES, vulgo “Alice”

Substituiu ANNEMARIE BUSCHEL, vulgo “Mariza”, no Setor de Finanças da base da Volkswagen.

Esteve presente na reunião realizada no segundo semestre de 1970, na Praia Grande, onde estiveram presentes elementos de sua base, bem como, ANITA LEOCADIA PRESTES, vulgo “Alice” e CARLOS NIEBEL, vulgo “Cid”.

No início de seu envolvimento no PCB, em meados de 1969, conheceu JARO RIBEIRO, vulgo “Carlos”, JOSE PANEQUI, vulgo “Oscar”, e HILARIO GOLÇALVES PINHA, vulgo “Nilo—Norberto”, além de outros não identificados, com quem fez reuniões políticas (BRASIL, 2021, p. 35).

Os “delitos” impressionaram o procurador regional da República Marlon Alberto Weichert, que, nos citados embargos de declaração, destacou que os fatos se referiam, unicamente, à participação de Torini em reuniões, e à sua realização doações a partido político, de forma que se tratava de um “caso típico de repressão política arbitrária e violadora de direitos fundamentais” (BRASIL, 2021, p. 35). Logo, pode-se dizer, sem qualquer exagero, que as farsas utilizadas pelo regime militar para ocultar seus delitos, como ocorreu nos casos Rubens Paiva ou Riocentro, continuam presentes em parte do Poder Judiciário, o qual não se constrange em falsear fatos levados a juízo de ofício a partir de imputações imprecisas e destoantes das provas constantes nos autos.

Em outro caso relacionado à comemoração do golpe militar, a relatora do caso no TRF da 1ª Região suspendeu a decisão liminar, justificando que não haveria violação à legalidade e aos direitos humanos em tal conduta administrativa, já que “houve manifestações similares nas unidades militares nos anos anteriores, sem nenhum reflexo negativo na coletividade” (BRASIL, 2019a, p. 2). Trata-se de um argumento empírico sem qualquer indicação de fonte de prova apta a comprovar a falta de “reflexo negativo na sociedade” na admissão da comemoração do golpe militar. Por outro lado, as evidências elencadas na seção anterior apontam em sentido contrário, demonstrando um processo de erosão democrática no Brasil.

Sendo assim, é razoável levantar suspeitas sobre o real comprometimento de tal decisão judicial com premissas democráticas. É lícito supor que a magistrada buscou decidir a favor da União, como forma de colaboração com o poder do Executivo, e, por isso, não se preocupou oferecer razões que pudessem ser, objetivamente, controláveis ou abertas à contestação pública racional. Percebe-se, assim, que o órgão julgador não sentiu qualquer constrangimento em proferir uma decisão com fundamentação aleatória.

Finalmente, ainda nesse contexto, uma prática desenvolvida pelo Desembargador Federal, Cândido Alfredo S. Leal Jr, merece destaque, quando do julgamento do caso do general Leo Guedes¹⁵. Em certa passagem do voto, elenca que os familiares de tal militar buscaram informações perante a CNV acerca das razões para inclusão dele no rol de responsáveis por graves violações de direitos humanos. Em seguida, o Desembargador passa a desqualificar a informação prestada, apontando que ela fora produzida de modo apócrifo, sem a possibilidade de alcançar quem, efetivamente, elaborou o documento e sua efetiva relação com os trabalhos desenvolvidos pela Comissão. (BRASIL, 2020, p. 34).

Em outro trecho, dá a entender que a informação prestada refere-se “a visitas e saudações que o general Leo Guedes eventualmente tivesse feito durante sua carreira militar, especialmente quando exercendo os três cargos referidos nas quatro linhas do Relatório da CNV” (BRASIL, 2020, p. 35), não informando, no entanto, quem eram esses agentes que se encontravam com o mencionado militar. A discrição leva a cabo pelo magistrado, no entanto, não foi efetivada em seguida, quando, transcrevendo trecho da réplica, expressamente assenta:

- 1- A Viúva e os Filhos do saudoso General Leo Guedes Etchegoyen ante a situação esdrúxula de verem seu pai e esposo acusado de crime contra a humanidade por ter ele, no exercício de sua profissão, enquanto secretário de estado, saudado um visitante.
- 2- O fato obrigaria a considerar criminoso quem se solidariza com os ditadores mais cruéis da humanidade: Vejamos alguns atos que os

15 Na ação ordinária movida pelos filhos e neto de Olinto de Souza Ferraz, Coronel da Reserva Remunerada na Polícia Militar do Estado de Pernambuco, buscava-se a condenação da União para que esta, nos termos da petição inicial: a) informasse quais foram os dados concretos que levaram a Comissão Nacional da Verdade (CNV) a atribuir ao mencionado militar a responsabilidade por grave violação de direitos humanos na ditadura militar, fornecendo, ainda, todas as provas pertinentes; b) retirasse o nome dele “de qualquer menção a tortura com participação direta ou indireta por ação ou omissão já que restará demonstrada a sua não participação em qualquer ato nesse sentido”. (BRASIL, 2019b, p. 11) Para tais familiares, a atribuição de responsabilidade efetivada pelo Relatório Final da CNV não espelhava a realidade, eis que efetivada, unicamente, porque Olinto de Souza Ferraz ostentava a condição de Diretor do Centro de Detenção do Recife quando o preso Amaro Luiz de Carvalho lá morreu, sem nenhuma indicação precisa acerca da conduta do militar. (BRASIL, 2019b, p. 5) Argumenta-se, ainda, que, a partir de relatos colhidos por presos políticos na época e das conclusões da Comissão Estadual da Verdade, tinha-se uma imagem “humana” do militar, a qual não correspondia a de um torturador. (BRASIL, 2019b, p. 5).

amigos da Comissão Nacional da Verdade fizeram:

“O ex-presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva se encontrou ao menos quatro vezes com Muammar Kadhafi.”

“De origem humilde, Idi Amin foi um ditador mortal e não deixou saude real entre os ugandenses, pois matou mais de 100.000 pessoas em ...”

“O ENCONTRO: Lula visita Teodoro Obiang Nguema Mbasogo, presidente de Guiné Equatorial, em 5 de julho de 2010.”

“Apoio de Lula: Apesar da tradição democrática da diplomacia brasileira, Lula agrada líderes autoritários e menospreza direitos humanos. Tudo em nome de bons negócios.”

A presidente Dilma Rousseff não esconde seu amor por ditadores que violam direitos humanos e mantêm opositores e jornalistas sob constante perseguição.

“7 ditaduras financiadas pelo governo brasileiro nos últimos anos - As ditaduras que o PT apoia são a prova que não gostam de democracia, ...”

“O anúncio ocorreu semana passada, na Etiópia, durante a visita da presidente Dilma Rousseff, que tirou foto sorridente com os líderes africanos presentes. Com anistia, Brasil beneficia países africanos acusados de corrupção ...”

“Ditador do Sudão é rejeitado até no céu · Dilma com o presidente do Gabão, Ali Bongo: anistia de US\$ 3, Senado brasileiro quer novas regras ...” (BRASIL, 2020, p. 35-36, destaques no original).

Percebe-se que o general Leo Guedes havia encontrado-se com alguma liderança da ditadura militar, cuja citação fora poupada na decisão judicial. Mesmo que se admita que tal encontro seja um mero ato sem maiores consequências, o que é relevante na análise da argumentação judicial é a omissão do magistrado em nomear o referido agente do período de exceção no seu voto, adotando padrão completamente diverso ao, expressamente, elencar os ditadores que visitaram os presidentes Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, triunfando, ao final da transcrição do trecho da defesa, quando escreve “Que mais precisa ser dito além do que foi mostrado pela réplica?” (BRASIL, 2020, p. 36) A postura judicial reverbera práticas do bolsonarismo na medida em que vincula relações internacionais do Brasil com ditaduras a uma eventual adesão ideológica às mesmas.

Diante de tais decisões, não é exagero afirmar que há uma espécie de “colaboracionismo interinstitucional autoritário”, (FERREIRA, 2022, p. 83) ou seja, atos difusos não que podem ser compreendidos como algo limitado às práticas de um poder ou instituição específicos, mas como uma interação entre eles, que ocorre em colaboração recíproca. Conhecendo a forma de atuação autoritária coordenada, tem-se maior possibilidade de se traçar estratégias adequadas de enfrentamento, na medida em que se torna possível projetar quais serão respostas das instituições com base nas posturas anteriormente adotadas em situações semelhantes. Tem-se tal fenômeno, precisamente, quando determinada questão referente aos legados da ditadura é judicializada e um juiz utiliza uma tese autoritária para defendê-los, às vezes, inclusive, amplificando sua aplicação a uma dimensão não sustentada pela parte interessada, legitimando tal prática.

3 CONCLUSÃO

É certo que o positivismo presumido desenvolvido pelo autor, ao apresentar uma preocupação com a argumentação com base em regras, presumindo a força delas e dificultando soluções casuísticas, contribuiu para a separação de poderes e prevenção ao arbítrio judicial. Ocorre que, diante de ofensa ao próprio regime democrático, exceções podem ser justificadas, até porque o autor não é comprometido com o caráter absoluto de tais normas. No campo probatório, a exceção é justificada a partir de discursos sem qualquer tipo de evidência, seja científica ou não.

Nesse sentido, falta lastro probatório nas decisões judiciais que: a) presumem de modo absoluto a força de condenação penal efetivada na ditadura militar, deslegitimando depoimento da vítima acerca de tortura; b) supõem a prática de violência por parte de anistiado político, sequer mencionando a evidência para tanto; c) fazem afirmações de fato sem qualquer base empírica para tanto e, d) buscam censurar a Comissão Nacional da Verdade, adotando padrão para avaliar a prova apresentada pela parte mais receptivo com os interesses da ditadura militar.

Tais práticas judiciais violam o devido processo legal no âmbito probatório, atingindo o dever de motivação da decisão de modo grave na medida em que colaboram, ativamente e de modo engajado, com algum legado da ditadura militar. No caso da tortura, tem-se um cenário ainda mais grave, demonstrando como parcela do Poder Judiciário brasileiro não se preocupa com a proteção do regime democrático e o direito à memória e à verdade típicos da Justiça de Transição.

A sustentação crítica em torno das decisões judiciais antes elencadas parece estar amparada pela teoria mais recente de Frederick Schauer ora estudada. Novamente, deve-se lembrar que não se sustenta a desnecessidade de prova das alegações efetivadas,

mesmo que desenvolvidas contra os interesses da ditadura militar. O que se buscou desenvolver é que a postura colaborativa do Poder Judiciário com o regime de exceção demonstrada nos casos, caracterizada pela maior receptividade nas teses que interessavam ao regime, não é correta numa realidade constitucional que busca ser democrática. É necessário, assim, inverter essa presunção judicial em prol da democracia, como faz Schauer nas diversas passagens do texto, devendo-se reconhecer que o autor, infelizmente, tem razão: a verdade não é a única preferência almejada, especialmente em tempos de acentuado irracionalismo.

ABSTRACT

MILITARY DICTATORSHIP PROOF: THE FEDERAL JUSTICE SEVERITY THROUGH THE FREDERICK SCHAUER DEMOCRATIC PREMISES

This paper aims to investigate how Brazilian federal judges keep the military dictatorship legacies when they do not properly sanction the consequences of torture practiced in that period. In this context, the main question of the research is: how Federal Justice have analyzed the evidence concerning torture? The methodology adopted comprehends the study of cases which were investigated through the reading of the Frederick Schauer's most recent book, concluding that there is a kind of authoritarian acceptance of arguments in favor of military dictatorship by judges, because they demand a severe probation standard which is incompatible with democracy protection.

Keywords: Frederick Schauer; federal justice; evidence; military dictatorship.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. (8. Turma Especializada). **Agravo de Instrumento 0003169-41.2016.4.02.0000**. Acórdão. Relator: Marcelo Pereira da Silva, 27 out. 2016. Rio de Janeiro, 2016.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório**. Vol. I. Brasília: CNV, 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 6ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal. **Ação Civil Pública nº 1007756-96.2019.4.01.3400**. Celebração do golpe de estado de 1964. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 03 nov.2021. 2019a.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª. Região. 6ª. Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco. **Ação ordinária 082456144.2019.4.05.8300**. 2019b.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. **Ação ordinária 5028801-04.2015.4.04.7100**. 4ª. Turma. 24/06/2020. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. (6. Turma). **Apelação Cível 5000493-21.2020.4.03.6126**. Acórdão. Relator: Des. Fed. Johansom Di Salvo, 05/03/2021. São Paulo, 2021f.

CAMPOS, Francisco. **O estado nacional**. Coleção Biblioteca Básica Brasileira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

FERREIRA, Emanuel de Melo. **Controle de constitucionalidade e exceção jurídica** – a superação das regras constitucionais e a realocação judicial do poder. Belo Horizonte: Del Rey, 2019a.

FERREIRA, Emanuel de Melo. O positivismo presumido de Frederick Schauer e sua aplicação na interpretação judicial das regras de competência constitucionais. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**. Goiânia. v. 5, n. 1. p. 37-53. Jan/Jun. 2019b.

FERREIRA, Emanuel de Melo. **A difusão do autoritarismo e resistência constitucional**. Tese de doutorado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2022.

LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review. Courts against democracy. **UC Davis Law Review**. Vol. 53, n. 3, 2020. p. 1313-1387.

LYNCH, Christian Edward Cyril; CASSIMIRO, Paulo Henrique. **O populismo reacionário**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Constitutional erosion in Brazil**. Oxford; New York: Hart, 2021.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. Tradução de Patrícia Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

KENNEDY, Duncan. **A critique of adjudication**. Harvard: University Press, 1997.

STRUCHINER, Noel. Os positivismos de Frederick Schauer. *In: O positivismo jurídico no século XXI*. TORRANO, Bruno; OMNATI, José Emilio Medauar (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**. Vol. 97, nº, 4. Mar. 1988.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Clarendon Press, Oxford, 1991. Kindle edition.

SCHAUER, Frederick. Exceptions. **The university of Chicago law review**. Vol. 58, n. 2, 1991B.

SCHAUER, Frederick. Rules and the rule of law. 14. **Harv. J.L. Pub. Pol'y**645 (1991C).

SCHAUER, Frederick. **The proof**. Uses of evidence in law, politics, and everything else. Harvard: University Press, 2022.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Teoria do partisan. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. n. 1. Janeiro/junho. 2009. p. 32-56.

ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA:
O NOVO PARADIGMA PROCESSUAL
COMO REFLEXO DA (RE)EVOLUÇÃO S
OCIAL BRASILEIRA

*ACCESS TO A FAIR LEGAL ORDER: THE
NEW PROCESSUAL PARADIGM AS A REFLECTION
OF BRAZILIAN SOCIAL (RE)EVOLUTION*

ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA: O NOVO PARADIGMA PROCESSUAL COMO REFLEXO DA (RE)EVOLUÇÃO SOCIAL BRASILEIRA¹

ACCESS TO A FAIR LEGAL ORDER: THE NEW PROCESSUAL PARADIGM AS A REFLECTION OF BRAZILIAN SOCIAL (RE)EVOLUTION

*Germanne Patricia Nogueira Bezerra Rodrigues Matos²
Rodrigo Nogueira Bezerra Rodrigues Matos³*

RESUMO

É notório o avanço do Estado quanto aos meios adequados de solução de conflitos. O que em princípio era concebido como alternativa para os múltiplos atores judiciários, passou a ser critério conforme o caso concreto. Nesse cenário, o presente artigo dialoga, a partir de revisão narrativa de literatura, sobre o novo paradigma processual brasileiro, compreendendo-o enquanto ressonância das transformações sociocomunitárias contemporâneas. Inferiu-se que a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses vai ao encontro das demandas societárias pela construção de uma nova mentalidade em que se efetive o acesso à justiça e a uma cultura de paz.

Palavras-chave: acesso à justiça; justiça social; pacificação social; resolução de conflitos; sistema de justiça.

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça avançou para uma compreensão que nos remete à ideia de acesso à ordem jurídica justa. Essa interpretação ganha força, principalmente, quando tratamos

¹ Data de Recebimento: 29/08/2022. Data de Aceite: 10/11/2022.

² Assistente Social Judiciária no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em exercício no Serviço Psicossocial Vocacional, onde coordena a Comissão de Pesquisa. Graduada pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Pós-graduada em Tanatologia. Mestranda do Programa de Pós-graduação em Gerontologia da Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo (EACH/USP) e integrante do Grupo de Pesquisa Envelhecimento, Rede de Suporte Social e Políticas Públicas (ENREPO). E-mail: germannepbm@tjsp.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6902968959976399>. Telefone: (11) 99176.4489. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1885-0113>.

³ Bacharel em Direito. Atuação na Administração Pública e no Terceiro Setor, com ênfase em Direito Administrativo. Graduado pela Universidade de Fortaleza (Unifor), com habilitação em Direito Público. Pós-graduando em Métodos Alternativos de Solução de Conflitos pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). E-mail: rodrigo.nogueira85@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2415487597694621>. Telefone: (11) 99177.4812. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6615-8690>.

dos meios adequados de solução dos conflitos pelas vias consensuais. O referido conceito extrapola a concepção do acesso à justiça como simples forma de ascender aos órgãos jurisdicionais, na medida em que oferta aos indivíduos verdadeiro exercício de cidadania. A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi grande aliada nesse avanço jurídico, visto que “[...] acolheu esse **conceito atualizado de acesso à justiça**, com toda sua significação e abrangência, e instituiu uma importante política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses” (WATANABE, 2017, p. 25-26, grifo original).

Em que pese existir, para o bem da sociedade e do estado brasileiro, norma que hoje contempla a autocomposição, esta só possui efetividade, porque está alicerçada nos preceitos constitucionais. Desse modo, ensina Pinho (2019, p. 249) que “à luz do conceito moderno de acesso à justiça, o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve passar por uma releitura, não ficando limitado ao acesso ao Judiciário, mas estende às possibilidades de solucionar conflitos no âmbito privado [...]”.

Esse olhar para o horizonte da pacificação pelo acesso à justiça, no direito processual, é fundamental, uma vez que: não podemos negar o fato de que na ordem societária contemporânea a elevada desigualdade social implica na complexidade das relações, sendo cada vez mais presente o conflito. “E quando os conflitos precisam ser solucionados pelo processo, deste deve resultar a justa tutela de interesses e direitos” (GRINOVER, 2016, p. 34).

Em uma análise ampliada, pode-se evocar Bobbio (2004) e seus postulados acerca da constituição de uma sociedade mundial pacífica. O autor realçou que os nexos existentes entre direitos humanos, democracia e paz são indissociáveis e, mais que isso, indispensáveis para viabilizar a passagem do reino da violência para o da não-violência. Neste cerne, asseverou que apenas promovendo e garantindo direitos aos cidadãos, por meio da positivação normativa e da tutela, é que se pode chegar a uma convivência coletiva pacífica no bojo do estado democrático.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico pátrio precisou evoluir, modernizando a fonte primária do direito: a lei. Na legislação processual, foram previstos mecanismos que pudessem refletir o anseio por uma tutela justa, efetiva e adequada, já assegurados na Constituição Federal brasileira (CF/88), mas ainda opaca na regra infraconstitucional. Faltava fazer com que a norma processual, sedenta por inovação e renovação, fosse beber da fonte viva dos princípios insculpidos na CF/88.

O modelo convencional de processo, e seus procedimentos, de um terreno árido, desgastado e limitado, passou a um novo campo que, irrigado, fértil e ampliado, tornou-se mais frutífero e adaptável, visando ofertar soluções adequadas à natureza do conflito. Desse modo, “falamos em justiça conciliativa para indicar os meios consen-

suais de solução de conflitos ligados ao processo. No entanto, é preciso lembrar que esses métodos também podem ser extrajudiciais, utilizados para evitar o processo” (GRINOVER, 2016, p. 65).

Há que se observar que a instrumentalidade do processo também se modifica, trazendo interpretação da norma processual para além da finalidade formalista de fazer prevalecer o direito material estanque. Propõe-se, assim, examinar a lei para assegurar um direito material que observe os vários escopos, possibilitando a realização de uma apreciação que dialogue com os valores da justiça, da segurança, da efetividade e da paz social. Isso não significa a ausência de regras e organização, menos ainda, o descumprimento da legislação, mas também não quer dizer que o ordenamento jurídico, algo complexo em nosso sistema pautado na *civil law*⁴, venha a ser um obstáculo que impeça as pessoas de obterem justiça.

Nesse aspecto, a experiência processual renova-se pela instrumentalidade metodológica, na qual a transsubstancialidade do processo é superada e, no lugar, estabelece-se um foco a partir da análise de cada tipo de demanda e da realidade social. Como frisou Salles (2019, p.305), “ao invés de se partir da norma de processo, parte-se da análise de um campo específico da realidade jurídica e social, para, verificados os condicionantes que lhe são peculiares, determinar a melhor resposta processual para o problema estudado”. O ponto de partida, desse modo, deixa de ser a judicialização, e passa à dinâmica existente no mundo real (o campo), o que possibilitará ampliar a compreensão da melhor forma de utilização da lei.

2 NOVO PARADIGMA PROCESSUAL: A DIALÉTICA SOCIOJURÍDICA CONTEMPORÂNEA

Alcançar a mudança dos estamentos processuais, para favorecer a cultura da paz, exigiu um longo e árduo caminho percorrido por muitos estudiosos do assunto, juristas, legisladores, gestores públicos e operadores do direito. Ademais, muitos cidadãos sofreram no cotidiano os prejuízos causados pela concentração da prestação jurisdicional em uma via única, para solucionar os litígios levados ao poder judiciário. Danos são sentidos em todas as esferas da sociedade, visto que o Estado com o seu corpo técnico, o erário e o tecido social sofrem com a volumosa demanda judicial oriunda de uma população crescente, e com elevado grau de complexidade nas relações sociocomunitárias.

Nessa conjuntura, tornou-se perceptível que o processo, as ações judiciais, as decisões, os profissionais e todo o sistema de justiça estavam cada vez mais distantes

⁴ Segundo Martins (2019, p. 203-204, grifo original), “o ponto convergente, fortemente presente na *civil law*, e que, por consequência, é uma característica das práticas jurídicas brasileiras, é o legalismo, numa versão formalista. [...]”.

da realidade dos cidadãos. Finalizava-se o pleito, perdendo de vista a resolução da contenda, que perdurava após a sentença, formando-se um espiral de conflitos que, inevitavelmente, retornavam aos tribunais, transformando-se em uma verdadeira judicialização da vida.

O termo judicialização tem sido utilizado para identificar duas situações diferentes. Existe, em primeiro lugar, uma judicialização quantitativa. Nesse sentido, a expressão judicialização da vida refere-se a uma certa explosão de litigiosidade no país, que se manifesta na existência de um número espantoso de ações judiciais em curso. Conforme a época, o critério e a origem da pesquisa, as estatísticas oscilam entre 70 a 100 milhões de processos em tramitação simultânea. É quase como se cada brasileiro adulto tivesse uma ação em juízo. Essa judicialização vertiginosa exibe uma ou outra faceta positiva. O excesso de litigiosidade revela ou o reiterado descumprimento de obrigações assumidas ou um exacerbado espírito de rivalidade. Em qualquer caso, não é bom. (BARROSO, 2021, p. 233).

Ilustração desse fenômeno são os números oficiais apresentados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), no Relatório de Gestão 2021. O maior tribunal do Brasil e, tomando por base a quantidade de integrantes na sua estrutura e o número de processos, considerado o maior do planeta, o TJSP possuía 3.042.535 processos novos até o mês de setembro de 2021. No mesmo ano, haviam sido contabilizados 3.204.565 processos julgados e 18.715.041 processos em andamento. Números esses, referentes às demandas ajuizadas no 1º Grau.

A mudança da organização social no tempo, a partir das relações em um mundo globalizado, influenciou a própria atuação do Estado em suas variadas formas de governo. Independente da força da ação do Estado liberal sobre a perspectiva do Estado social, é cediço que os blocos, os povos e as diversas nações dos mais variados regimes, democráticos ou não, passaram a interferir cada vez mais no processo de desenvolvimento uns dos outros. Nesse sentido, a globalização é fator de suma importância na interação governante-governado, porque causa, a partir da dinâmica externa, verdadeiro impacto na política interna de um país.

Para além disso, na ordem societária moderna, como diz Soares (2002), o neoliberalismo avança e consolida-se, impondo ajustes, que não têm apenas uma natureza de reestruturação econômica, mas alcançam o campo político-institucional e das relações sociais. A partir dele, outro projeto de “reintegração social” passa a existir, no qual os “pobres” tornam-se uma categoria classificatória, sendo alvo de políticas focalizadas de assistência, baseadas em uma lógica coerente com o individualismo. Este sustenta,

ideologicamente, o modelo de acumulação neoliberal, segundo o qual, na esfera do mercado existem, “naturalmente”, fortes e fracos, os que pertencem e os que ficam de fora (MATOS, 2010). Pode-se, assim, observar que esse modelo de acumulação implica na perda da identidade dos direitos sociais, bem como na restrição da concepção de cidadania. A partir dele, tem-se um aprofundamento da separação entre o público e o privado, ficando a reprodução restrita a este último âmbito, e tem-se, ainda, uma maior mercantilização da força de trabalho, e a legitimação do Estado reduzida ao assistencialismo (SOARES, 2002).

O neoliberalismo tem provocado o desmonte das políticas públicas, principalmente na América Latina. Devido ao incentivo para que os gastos sociais sejam contidos, estes passam a ser custeados pela iniciativa privada. Isso gera, conforme realçou Soares (2002), um agravamento da exclusão de diversos setores da sociedade que não têm aporte financeiro, o que se caracteriza como um forte retrocesso no que concerne à garantia de direitos e no que tange ao acesso à serviços públicos básicos.

E, no contexto agressivo de produção e consumo da sociedade contemporânea, observa-se o acirramento das desigualdades sociais e da pobreza, além de outros desequilíbrios socioeconômicos como consequências do mundo globalizado, que intensificam os conflitos. Como alertam Oliveira e Spengler (2012, p. 134), “no Estado contemporâneo, um tema que não pode passar despercebido, já que acarreta consequências [...] desproporcionais e desumanas para todos os membros da sociedade, é a globalização”.

Olhando para o cenário desenhado dentro do estado democrático de direito, podemos verificar abismos sociais imensos, especialmente, quando a ideia da menor interferência estatal passa a ser vista como medida para realizar um equívoco: mudanças sem a participação cidadã na atuação do poder público. Essa tendência pode ser considerada uma herança do desenvolvimento socio-histórico nacional, haja vista que as políticas sociais brasileiras tiveram seus períodos de maior expansão nos momentos mais avessos à realização da cidadania, isto é, durante os regimes autoritários e sob o governo de coalizões conservadoras (MATOS, 2010).

Inobstante, a ponte possível para interligar polos por vezes distantes, diminuindo os conflitos sociais, é construída justamente com base na elaboração e na execução de políticas públicas, as quais são capazes de aproximar os cidadãos das instâncias de poder, além de possibilitar a experiência pacificadora pelo próprio exercício da cidadania na resolução de conflitos. Parafraseando Galano (1999), são as novas necessidades do mundo exigindo novas soluções, passando-se, assim, de uma cultura do conflito para uma cultura do consenso, ainda que seja dentro do dissenso existente.

Sobre o dissentimento social contemporâneo, vale ressaltar o registro de Dallari (2021) ao dizer que “a globalização, [...] é uma importante contribuição para a apro-

ximação dos povos e o apoio recíproco. Ela é a expressão de uma colaboração entre os Estados [...] Isso tem grande importância para a aproximação entre os povos por meios pacíficos e com respeito recíproco, sem a condição negativa de dominantes e dominados”. Nessa perspectiva colaborativa ampliada, com atenção às realidades microsociais brasileiras, é que o CNJ instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses (Resolução nº 125/2010), a fim de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade (Art. 1º).

Destarte, na qualidade de verdadeira política pública prevista na organização judiciária nacional, os meios adequados de solução de conflitos buscam otimizar a função jurisdicional do Estado, aproximando-a dos jurisdicionados e das demais políticas de responsabilidade do poder executivo, ao efetivar o acesso à ordem jurídica justa pelo exercício pleno da cidadania em prol da pacificação social.

Sob uma perspectiva socio-histórica, não se pode deixar de reconhecer o avanço anteriormente alcançado com a implementação dos juizados especiais cíveis e criminais, instituídos pela Lei Nacional nº 9.099/95. Nas palavras de Rodrigues (2010, p. 46), “a criação dos referidos juizados trouxe fôlego para os adeptos do movimento pelo acesso à justiça efetivo, bem como esperança para a população cujo acesso é negado”. Foi um início de experiência em favor das mudanças necessárias para se alcançar uma reforma do poder judiciário. Adveio, desse modo, o que poderíamos considerar a atualização ou a modernização dos antigos Juizados Especiais de Pequenas Causas, nomenclatura que perdurou no vocabulário popular, a despeito dos avanços e mudanças realizadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Comparativamente à experiência de outras nações, pode-se dizer que é novata a tentativa brasileira de avanço em direção à utilização da autocomposição, mesmo que a legislação pátria, no passado recente, tenha realizado intentos plausíveis. Nesse sentido, registra Álvares (2020, p.3, grifos originais) que “[...] na Constituição outorgada de 1824, o artigo 161 ditou regra de adoção da **mediação pré-processual** com a seguinte dicção: ‘Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação (*rectius*: mediação) não se começará processo algum’”.

Subsequente à CF/88, tivemos a positivação da mediação na normatização trabalhista, como ressalta Tavares (1998, p. 26, grifo original):

[...] no âmbito trabalhista, surgiu a Medida Provisória 1.079/95, que em seu artigo 11 criou a figura do mediador, para o caso do malogro das negociações coletivas, assim redigido: ‘frustrada a negociação entre as partes, promovida diretamente ou através de mediador, poderá ser ajuizada ação de dissídio coletivo.

No meio de idas e vindas em busca de otimizar o acesso à justiça no nosso país, é possível afirmar que “tivemos um hiato lamentável, de mais de século e meio, que só veio a ser suprido pela adoção da conciliação na Lei dos Juizados Especiais (nº 9.099/95), criando a figura do conciliador como auxiliar do Juízo (artigo 7º)” (ÁLVARES, 2020, p.3). Sob esse mesmo prisma, no texto introdutório à obra *Comentários à Lei de Mediação* (2016), Pereira Júnior salienta:

[...] a Lei dos Juizados Especiais criou a figura do conciliador como auxiliar do Juízo. Este importante passo introduziu um novo ator no teatro da Justiça, que se demonstrou como um verdadeiro multiplicador da força do juiz ao trabalhar sob a sua orientação. Não obstante tal avanço, percebeu-se que a conciliação era realizada de maneira amadora, uma vez que os conciliadores eram voluntários sem qualquer tipo de preparação, recrutados entre estudantes de direito, no mais das vezes, sem conhecimento de técnicas adequadas de abordagem dos conflitos e de técnicas de negociação.

O tempo demonstrou que o acesso à justiça continuava sendo considerado, exclusivamente, como acesso à instituição judiciária, ocasionando o demasiado volume de processos, também, nos Juizados Especiais. Além disso, percebeu-se a necessidade de ofertar tratamento adequado ao que se convencionou chamar de pequenas causas, visto que o valor de uma causa não é a única régua para caracterizá-la como pequena, principalmente, quando o conflito perdura entre as partes após a sentença proferida. Como já prelecionavam Cappelletti e Garth (1988, p. 97), “pequenas causas, afinal não são necessariamente simples ou desimportantes; elas podem envolver leis complexas em casos de vital importância para litigantes de nível econômico baixo ou médio”.

Entretanto, avançar nos meios de solução consensual de conflitos ainda era preciso. A mudança de paradigma imprescindível ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, no que concerne ao código de processo civil, após alguns anos, ocorreu. Notou-se que a necessidade de atualização da referida norma, ou de reconexão dela com muitos aspectos da dinâmica social, há anos vinha sendo tratada por estudiosos da matéria. Essa realidade social que se move constantemente, em que pesem aos conflitos existentes, busca em última instância evoluir. O direito processual, se quisesse acompanhar as grandes transformações societárias, não poderia continuar inerte.

O modelo cartesiano, com a atomização do processo, amplamente adotado nas ciências em um passado recente, precisou dar espaço para um olhar conectado com o mundo, e com a complexidade das relações humanas. Assim, olhando pelo aspecto emi-

nentemente científico, uma nova epistemologia sistêmica instalou-se como meio de verificação que contempla o próprio observador, agora existindo tanto quanto a natureza da qual nunca deixou de fazer parte. Conforme ensina Vasconcelos (2021, p. 4-5), “no comportamento das partículas elementares, os cientistas viram complexidade, ao invés de simplicidade, viram causalidade complexa, recursiva, e reconheceram a inadequação de sua insistência em tentar simplificar, analisar e fragmentar os todos complexos, em busca de relações causais lineares”.

Voltando-se para a prática, espera-se um efeito profícuo com a utilização dos meios adequados de solução de conflitos, na medida em que o foco, agora compreendido por uma epistemologia moderna, ultrapassa a atomização do processo, onde a lide era colocada sob o olhar microscópico, as partes fragmentadas ao máximo nessa verificação sem relação com o todo (função social), e o resultado colocado em uma escala recursiva (repetitiva) absolutamente controlada para um desenho de realidade que não considerava a relação dos envolvidos no mundo. Martins (2004, p. 310) acrescenta que:

Mesmo que um cidadão consiga se deslocar corretamente ao fórum central, dificilmente compreenderá a estrutura burocratizada do serviço público, não obstante todo esforço, paciência e tempo. Acrescente-se o constrangimento de se ver perdido entre as inúmeras salas do prédio, imponentemente decorado, de maneira a incutir no cidadão o receio de reclamar os seus direitos. As próprias vestimentas, linguagem e postura dos magistrados e demais operadores jurídicos que ali transitam contribuem para o quadro de isolamento socio-cultural do homem comum que busca a tutela jurisdicional.

Percebe-se que as reflexões, nesse sentido, inquietavam aqueles que, há anos, saíram em defesa de uma mudança formal (na lei) e material (na prestação jurisdicional). Em nosso país, os trabalhos legislativos acompanharam os avanços que eram observados no mundo, e, como já salientado, após os esforços de juristas, de profissionais de várias áreas, da sociedade civil e de representantes governamentais, os métodos autocompositivos foram devidamente versados na legislação processual civil, bem como em norma específica que, somada à Resolução nº 125/2010 do CNJ, trouxe verdadeira aproximação com o princípio do acesso à justiça previsto na CF/88, contribuindo, assim, para a implementação da cultura da pacificação.

Desconstruir a ideia de que o caminho para a solução dos litígios é, exclusivamente, o modelo adversarial, foi salutar para o direito pátrio.

No Brasil, a mediação começa a ganhar forma legislativa com o Projeto de Lei nº 4.827/98, oriundo de proposta da Deputada Zulaiê

Cobra, tendo o texto inicial levado à Câmara uma regulamentação concisa, estabelecendo a definição de mediação e elencando algumas disposições a respeito. [...]

[...]

Ocorre que em 1999 o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) já havia constituído comissão para elaborar um anteprojeto de lei sobre a mediação no processo civil, que culminou com diversos debates públicos e a elaboração de um texto final. O texto foi apresentado ao governo federal. Diante da existência do projeto de lei da Dep. Zulaiê Cobra, já aprovado na Câmara, o Ministério da Justiça realizou audiência pública, convidando a Deputada, as pessoas que com ela colaboravam, o IBDP e demais organizações sociais envolvidas com o tema da mediação.

[...]

O Governo resolveu, então, encaminhar um projeto de lei autônomo, cujo texto foi elaborado pelo IBDP. Em 14 de março de 2006, o relatório reformulado foi recebido e aprovado, na forma de seu substitutivo, pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Foi aprovado o substitutivo (Emenda no 1-CCJ), ficando prejudicado o projeto inicial, tendo sido o substitutivo enviado à Câmara dos Deputados no dia 11 de julho. Em 1º de agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, que o recebeu em 7 de agosto. Desde então não se teve mais notícia do referido projeto. Uma consulta recente ao sítio da Câmara mostra que o projeto está paralisado desde abril de 2007. Quando já se perdiam as esperanças de uma positivação da mediação em nosso Direito, eis que, em 2009, foi convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, com o objetivo de apresentar um novo Código de Processo Civil [...].

Em tempo recorde, foi apresentado um anteprojeto, convertido em projeto de lei (nº 166/10), submetido a discussões e exames por uma comissão especialmente constituída por senadores, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Em dezembro de 2010, foi apresentado um substitutivo pelo Senador Valter Pereira, que foi aprovado pelo Pleno do Senado com duas pequenas alterações.

O texto foi então encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi identificado como Projeto de Lei nº 8.046/10. (PINHO, 2011, p. 221-222).

Ainda sobre o histórico do sistema autocompositivo brasileiro, dentro do aspecto legislativo, a evolução ocorreu por duas vias em sentidos convergentes: na legislação processual (Código de Processo Civil), e no caminho para a consolidação de um marco regulatório por lei específica que versa sobre a mediação.

A iniciativa legislativa pioneira foi engendrada no fim da década de 90. O projeto de lei n.º 4.827/98 adotou o modelo europeu da mediação com foco na visão de transformação do conflito: com uma proposta simples descrita em apenas sete artigos, buscava o reconhecimento do conceito legal de mediação para que esta passasse a ser adotada ou recomendada pelo Poder Judiciário.

Tal projeto, porém, acabou sendo abarcado por outro: elaborado pelo valoroso Instituto Brasileiro de Direito Processual, o projeto tinha perfil mais detalhado e buscava trazer diretrizes para a mediação (sobretudo judicial) de forma mais próxima aos modelos norte-americano e argentino. A tramitação do projeto, porém, acabou não sendo finalizada.

Em 2011 foi apresentado outro projeto no Senado sobre o tema; embora tenha tido tramitação, não avançou rumo à aprovação.

Em 2013 o tema voltou a ter destaque em tal Casa Legislativa e foram criadas duas comissões para apresentar Projetos de Lei: a) uma Comissão do Senado para mudar a Lei de Arbitragem e abordar a mediação privada; b) uma Comissão do Ministério da Justiça para tratar da mediação no âmbito judicial e privado estabelecendo um “marco regulatório”.

Tais projetos acabaram somados ao anterior PL 517/2011 e redundaram no Projeto n. 7169/2014 para dispor sobre “a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública”; foi este projeto que resultou na Lei n. 13.140/2015. (TARTUCE, s.d., p. 12-13, grifo original).

Observa-se que o referido percurso legislativo, apesar de tortuoso e complexo, foi de suma importância para o aperfeiçoamento do sistema de justiça brasileiro. Como preleciona Lagrasta (2020, p. 51) “[...] a efetiva mudança de mentalidade dos operadores do Direito e de toda a comunidade exige ações concretas”.

Para sedimentar o entendimento dos meios adequados de solução de conflitos, dentro da execução da Política Judiciária Nacional, podemos pincelar diferenças entre a ne-

gociação, a conciliação e a mediação. Em linhas gerais, a negociação é afeita às partes com bom relacionamento e com facilidade para alcançar, objetivamente, seus interesses (GRINOVER, 2016), ao passo que a conciliação e a mediação se diferenciam quanto à intervenção de um terceiro na solução do conflito, e na objetividade ou subjetividade da demanda conflitiva. Na conciliação, o conciliador possui maior ingerência na solução, sugerindo possíveis resoluções. Já na mediação, o mediador atua como facilitador para que as partes retomem o diálogo e possam, então, encontrar tanto a causa do conflito quanto a possível solução (LAGRASTA, 2020).

O trabalho é delicado e complexo, principalmente, se considerarmos que reatar a comunicação entre discordantes requer do profissional expertise para desvendar muitos sentimentos, emoções e interesses latentes. Os desafios foram aprofundados a partir do reconhecimento pela Organização Mundial da Saúde (OMS)⁵ de que o mundo atravessava uma pandemia em decorrência da disseminação da Covid-19, exigindo-se que o acesso à ordem jurídica justa passasse a ser realizado no plano da virtualidade. Nessa conjuntura, vislumbrou-se mais uma quebra de paradigma na realidade sociojurídica contemporânea.

Apesar dos avanços legislativos, e mesmo em face das dificuldades enfrentadas, há que haver uma mudança de cultura. É o que já afirmou Amorim (2018) ao dizer que “o Brasil ainda é marcado pela cultura de que é preciso um carimbo do Judiciário para que uma questão se dê por resolvida. Por isso, para que os métodos extrajudiciais se tornem realidade, é preciso que se mude a cultura jurídica do país”. Não resta dúvida de que, frente ao processo judicial, os meios autocompositivos pacificam amplamente. Ocorre, entretanto, que os referidos métodos não estão apartados do processo, de modo que não se pode mais afirmar que toda ação judicial não alcança a resolução consensual. No atual sistema processual que contempla a autocomposição, a sua utilização pode acontecer no transcorrer de uma demanda judicial que, também, resulte na pacificação social.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito processual civil foi cada vez mais se aproximando dos preceitos constitucionais. Essa conexão é fundamental para que o ordenamento jurídico não se distancie dos anseios da população. Não se pode esquecer que vivemos sob a égide da Constituição Federal de 1988, com toda a base axiológica da dignidade da pessoa humana em prol da construção de uma sociedade mais justa e solidária. Nesse esteio, deu-se

⁵ No Brasil, o primeiro caso da doença foi registrado em 26 de fevereiro de 2020, quando a crise sanitária se caracterizava como uma emergência de saúde pública de importância internacional. A pandemia foi declarada, pela OMS, em 11 de março de 2020. Ver: UNASUS, 2020; OPAS, s.d.

a recepção da mediação no Direito, ou seja, a ação oriunda do novo código de processo civil, passou a ser analisada em consonância com a solidariedade e a proteção da dignidade, tendo por régua, nessa metrificacão principiológica, a boa-fé objetiva para medir até onde foi respeitado, ou o quanto foi ultrapassado o limite traçado pela ordem constitucional.

Ora, se o norte é a Constituição e a bússola é a função social dos dispositivos infra-constitucionais, a autonomia da vontade das partes deve ser verificada nesse horizonte. Longe de ser um limite à liberdade, é uma efetivação desta conjuntamente com todos os outros direitos individuais e coletivos, solidários entre si em grau de responsabilidade. Desse modo, a tutela do Estado-juiz, que somente finalizaria a demanda sem pôr fim ao conflito, abre espaço para a pacificação por intermédio de outros instrumentos, também assegurados no conceito ampliado de jurisdição. É o farol constitucional que orienta o código civil e o código de processo civil, para a conciliação e para a mediação, a fim de que a lei não mais se perca ou se desconecte da realidade social.

Por meio dessa perspectiva processual avançada, têm prosperado os métodos adequados de solução de conflitos em âmbito judicial e extrajudicial. Como prova disso, tem-se, além da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflito de Interesses, o código de processo civil de 2015, que versa sobre os métodos de solução consensual de conflitos, e a Lei de Mediação, formando o que a professora Ada Pellegrini Grinover nomeou como minissistema brasileiro de justiça consensual.

Não há como pensar na elaboração das políticas públicas sem pensar na formação identitária social. Daí porque, a mudança de paradigma perpassa pela compreensão da construção socio-histórica do Estado brasileiro, no qual as políticas judiciárias podem ser meios para garantir o acesso à justiça, estabelecendo pontes entre as múltiplas autoridades que desempenham a função jurisdicional e os jurisdicionados. Afinal, todos estes buscam engendrar a cultura da pacificação, sobretudo pelo viés pedagógico alicerçado na Resolução nº 125/2010 do CNJ.

Outro ponto importante assegurado na referida Resolução, é o aspecto da interlocução dos órgãos do poder judiciário com as demais instituições da administração pública. A execução das políticas não ocorre de forma isolada, visto que o objetivo de cada uma não é atingido sem que se estabeleça uma interlocução entre as múltiplas esferas do aparato da gestão governamental. O tratamento adequado dos conflitos de interesses, dessa forma, interliga-se a outras políticas em prol da construção de uma nova mentalidade: o acesso à ordem jurídica justa e à cultura de paz.

A pandemia de Covid-19, por sua magnitude, tem gerado múltiplas repercussões globais. No Brasil, observou-se o aprofundamento de iniquidades socio sanitárias e econômicas, que lançaram luz sobre lacunas históricas na oferta de políticas públicas

essenciais. Alcançou-se, apesar da tragédia social revelada e intensificada pela crise sanitária, dimensões continentais de acesso à justiça, na medida em que foi possível a realização de audiências e sessões virtuais, para solucionar conflitos entre pessoas que se encontravam em unidades da federação distantes, ou em países diferentes. Isso só foi possível, em grande medida, porque a lente novoparadigmática do processo, e do sistema de justiça como um todo, estava incutida na visão dos atores judiciais brasileiros.

Infere-se, por todo o exposto, consideráveis vantagens do novo sistema de justiça baseado na autocomposição e, dentre elas, uma que se pode classificar como fundamental: a possibilidade de tratamento adequado que não se limita à utilização de um único medicamento (remédio processual), mas que permite a aplicação do “*remedium juris*”, na medida necessária e adequada às partes, que buscam eliminar a doença tão prejudicial à relação (o conflito). É o cenário de resolução por meio do sistema multiportas, oferecendo aos cidadãos caminhos de solução – a depender da questão – pela porta da mediação, da conciliação, da negociação, ou pela porta que conduzirá ao caminho adversarial, se for esta a via de pacificação. Há, nesse contexto, verdadeira aproximação com a realidade dos sujeitos para que, respeitada a autonomia e a vontade das partes, sejam alcançadas as suas reais intenções, evidentes ou latentes, em nome do verdadeiro consenso e da efetiva solução do conflito.

Hoje, tem-se mais uma tentativa, na história da humanidade e na experiência brasileira recente, de afastar os confrontos, estes imbricados com a existência humana, para implementar a cultura da paz. “O que se almeja, enfim, é a alteração da cultura arraigada no íntimo dos cidadãos, aquela em que o Estado-juiz deve dizer a quem pertence o direito, para uma cultura de pacificação social, mediante o restabelecimento do diálogo entre as partes” (SPENGLER, 2013, p. 50).

Os profissionais são conclamados à ampliação do foco de atuação, observando os novos paradigmas, bem como a epistemologia sistêmica, afastando-se do modelo individualista do direito processual civil. Nessa esteira, versa o Art. 3º, §º3º do CPC que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Em suma, o importante sistema, ora tratado, é um valioso conjunto de procedimentos que possibilita a realização do acesso à justiça com três fundamentos bem delimitados: o fundamento funcional (os instrumentos são capazes de desafogar o volume de trabalho dos tribunais); o fundamento político da justiça participativa (as partes participam da solução dos conflitos); e o fundamento social da justiça conciliativa (a pacificação). Conclui-se, portanto, que o novo sistema baseado na autocomposição tem conseguido efetivar os aludidos fundamentos em benefício dos cidadãos, concorrendo para o fortalecimento do estado democrático de direito brasileiro.

ACCESS TO A FAIR LEGAL ORDER: THE NEW PROCESSUAL PARADIGM AS A REFLECTION OF BRAZILIAN SOCIAL (RE)EVOLUTION

ABSTRACT

The State's progress in terms of adequate means of conflict resolution is notorious. What in principle was conceived as an alternative to multiple judicial actors, became a criterion according to the specific case. So, this article dialogues, through a narrative review of the literature, about a new Brazilian processual paradigm, understanding it as a reflection of contemporary social transformations. It was inferred that the National Judicial Politic for the Adequate Treatment of Conflicts of Interest meets the societal demands for the construction of a new mentality in which access to justice and a culture of peace are effective.

Keywords: access to justice; social justice; social pacification; conflict resolution; judicial branch.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARES, Vanderci. Mediação: a ferramenta salvadora do século XXI (vinte e um). **Migalhas de Peso**. [São Paulo], 27 mai. 2020. Disponível em: <https://bityli.com/ZayzqPc>. Acesso em: 08 mai. 2021.

AMORIM, José Roberto Neves. Estado que não negocia soluções não tem perspectiva de se tornar sério. Entrevista concedida a Mariana Oliveira. [*on-line*]. **Consultor Jurídico**. São Paulo. 6 mai. 2018. Disponível em: <https://bityli.com/VpjHpaY>. Acesso em: 28 ago. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida no Brasil: nem tudo pode ser resolvido nos tribunais. In: SADEK, Maria Tereza. *et. al.* (org.). **O judiciário do nosso tempo: grandes nomes escrevem sobre o desafio de fazer justiça no Brasil**. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **VADE MECUM RT 2020**. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Presidência da República. Casa civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://bityli.com/>

XvpaazS. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://bitly.com/LCdHs>. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública...** Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://bitly.com/HXKaPUL>. Acesso em: 16 mar. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://bitly.com/OFOSEee>. Acesso em: 13 fev. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Uma entrevista com o jurista Dalmo Dallari. Entrevista cedida a Ana Beatriz Prudente. **Revista Fórum [on line]**. São Paulo, SP, 18 mar. 2021. Disponível em: <https://bitly.com/QiBasWP>. Acesso em: 03 abr. 2021.

GALANO, Mônica Haydee. Mediação: uma nova mentalidade. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo, SP: Ltr, 1999. p. 102-112.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Solução de conflitos e tutela processual adequada. In: **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. cap. 2. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p.31-72.

LAGRASTA, Valeria Ferioli. **Curso de Formação de Instrutores: negociação, mediação e conciliação**. Brasília: Escola Nacional de Prevenção e Solução de Conflitos - ENAPRES, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/HuMiQU>. Acesso em: 02 mai. 2021.

MARTINS, Leonardo Resende. Acesso à justiça e efetividade constitucional. In: TORRES, Haradja Leite; ALCOFORADO, Mario Sawatani Guedes (org.). **A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho: por duas décadas de docência e pesquisas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

MARTINS, Ricardo Evandro Santos. História da tradição da *civil law* e a questão do direito processual brasileiro: um breve ensaio sobre a nossa proximidade com a *common law*. In: **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Ano 11, no1. Fortaleza: PGJ/ESMP/CE, 2019, p.195-211. Disponível em: <https://bitly.com/>

IARvbNr. Acesso em: 08 mar. 2022.

MATOS, Germanne Patricia Bezerra. A velhice nas políticas sociais. *In: Na ciranda da vida: um estudo sobre o papel das relações intergeracionais no processo de (re)integração social dos velhos na contemporaneidade*. 2010. 208 f. (Trabalho de Conclusão de Curso, graduação em Serviço Social) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza/CE, 2010, p.113-145.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação como política pública de fortalecimento da democracia participativa. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 2, n. 2. Brasília, DF: 2012, p.131-140. ISSN 2236-1677 versão *on line*. DOI 10.5102/rbpp.v2i2.1709. Disponível em: <https://bityli.com/CwIKkm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

OPAS. Organização Pan-Americana de Saúde. **Histórico da pandemia de COVID-19**. [on-line]. [S.d.]. Disponível em: <https://bityli.com/tJwKTq>. Acesso em: 27 de jul. 2021.

PEREIRA JUNIOR, Ricardo. A prática da mediação no poder judiciário na visão de um magistrado. *In: TILKEAN, Rubens Decoussau. Comentários à Lei de Mediação*. São Paulo, SP: Migalhas, 2016, Texto introdutório.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações. *In: Revista de Informação Legislativa*. v. 48, n. 190, t. 1. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011, p.219-235. Disponível em: <https://bityli.com/eWuxbJB>. Acesso em: 14 mar. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na Resolução dos Conflitos na Contemporaneidade. *In: Revista da EMERJ*. v. 21, n. 3, t. 1. Rio de Janeiro: 2019, p.241-271. ISSN 2236-8957 versão *on-line*. Disponível em: <https://bityli.com/pkTuZOG>. Acesso em: 07 ago. 2022.

RODRIGUES, Rodrigo Nogueira. **A aplicação do princípio da simplicidade nos juizados especiais federais no estado do Ceará**. 2010. 102 f. Monografia, (graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010.

SALLES, Carlos Alberto de. A instrumentalidade metodológica do processo. *In: SIMONS, Adrian. et al. (org.). Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*. ebook. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.297-308.

SOARES, Laura Tavares. **Os custos sociais do ajuste neoliberal na América Latina**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2002. (Coleção Questões da Nossa Época, v.78).

SPENGLER, Fabiana Marion (org.). **A resolução nº 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação**. Curitiba: Multideia, 2013.

TARTUCE, Fernanda. **O novo marco legal da mediação no direito brasileiro**. [on-line]. [S.d.]. Disponível em: <https://bityli.com/wqGjJUu>. Acesso em: 02 jun. 2021.

TAVARES, Fernando Horta. **A intermediação como forma alternativa de solução de controvérsias**: mediação e conciliação. 1998. 113p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Relatório de Gestão 2021**. [São Paulo: TJSP], 2021. Disponível em: <https://bityli.com/REELJF>. Acesso em: 09 mar. 2022.

UNASUS. Universidade Aberta do SUS. **Coronavírus**: Brasil confirma primeiro caso da doença. [on-line]. 2020. Disponível em: <https://bityli.com/wArkYd>. Acesso em: 27 jul. 2021.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Pensamento Sistêmico: uma epistemologia científica para uma ciência novo-paradigmática. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE SISTEMAS, I, 2005, Ribeirão Preto. **Anais eletrônicos...** [on-line]. Disponível em: <https://bityli.com/fiQgtTQ>. Acesso em: 17 mar. 2021.

WATANABE, Kazuo. Depoimento. *In*: **Solução de conflitos**. Cadernos FGV Projetos. ano 12, n. 30. Rio de Janeiro, RJ: FGV Projetos / Instituto Brasiliense de Direito Público, 2017, p.24-29. Disponível em: <https://bityli.com/KgybqMq>. Acesso em: 12 mar. 2021.

DIGNIDAD HUMANA, REINCIDENCIA
Y RESOCIALIZACIÓN EN COLOMBIA

*DIGNIDADE HUMANA, REINCIDÊNCIA
E RESSOCIALIZAÇÃO EM COLOMBIA*

DIGNIDAD HUMANA, REINCIDENCIA Y RESOCIALIZACIÓN EN COLOMBIA¹

*DIGNIDADE HUMANA, REINCIDÊNCIA E
RESSOCIALIZAÇÃO EM COLOMBIA*

*Juan José Peña Cuervo²
Diego Fernando Tarapués Sandino³*

RESUMEN

Este artículo busca delimitar los conceptos jurídicos de reincidencia, dignidad humana y resocialización en el ámbito del derecho constitucional y penal, para luego examinar el alcance jurídico de la Sentencia C-181 de 2016 de la Corte Constitucional colombiana que declaró la constitucionalidad de un agravante que duplica la multa como sanción penal, cuando la persona ya ha sido condenada por delitos dolosos o preterintencionales con anterioridad. En concreto, se analiza la relación de la figura jurídica de la reincidencia y las obligaciones en doble vía del fin resocializador de la pena frente al principio constitucional de dignidad humana en el ordenamiento jurídico colombiano, con la finalidad de fijar una postura crítica frente a la declaración de exequibilidad (constitucionalidad) de la reincidencia como circunstancia de agravación punitiva.

Palabras clave: dignidad humana; reincidencia; resocialización; agravante; jurisprudencia constitucional.

1 INTRODUCCIÓN

La reincidencia es una figura jurídica establecida frecuentemente por algunos Estados europeos⁴ y latinoamericanos⁵ como circunstancia de agravación punitiva asociada

1 Data de Recebimento: 18/10/2022. Data de Aceite: 10/11/2022.

2 Jefe del programa de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Cali, docente universitario. Abogado y Magíster en Derecho de la Universidad Santiago de Cali. Doctorando en Derecho de la Universidad San Buenaventura sede Cali. OrcID: <https://orcid.org/0000-0002-9572-5033>

3 Profesor Titular de la Universidad Santiago de Cali. Investigador del Cedpal y del GICPODERI. Magistrado Auxiliar del Tribunal para la Paz (JEP). Abogado, Politólogo, Especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo. Magíster en Derecho Público. Master of Laws (LL.M.) y Doctorando en Derecho de la Universidad de Göttingen (Alemania). OrcID: <https://orcid.org/0000-0003-0048-655X>.

4 Véase el §57 Strafgesetzbuch en Alemania, el numeral 8 del artículo 22 de la Ley Orgánica 10 del 23 de noviembre de 1995 modificado por el artículo único de la Ley Orgánica 1 del 30 de marzo de 2015 en España, el artículo 99 del Regio Decreto 1390 del 19 de octubre de 1930 en Italia, etc.

5 Véase el artículo 50 de la Ley 11179 de 1984 en Argentina, el numeral 1 del artículo 61 de Decreto-Lei 2848 del 7 diciembre de 1940 en Brasil, el numeral 1 del artículo 55 de la Ley 62 del 29 de diciembre de 1987 en Cuba, numeral

a los antecedentes judiciales del procesado⁶ y además como criterio para no conceder beneficios o subrogados penales⁷. La Corte Constitucional en la Sentencia C-181 de 2016 indaga sobre la problemática que genera el agravante de la reincidencia frente al principio del *non bis in idem*⁸, luego de revisar la constitucionalidad de uno de los incisos del artículo 46 de la Ley 1453 de 2011 que modifica el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, el cual establece el agravante de la reincidencia para la pena de multa. La Corte Constitucional en otras oportunidades ya se había pronunciado respecto a la figura jurídica de la reincidencia⁹, pero solo en la Sentencia C-181 de 2016 propone con claridad los argumentos que le permiten declarar exequible esta forma de agravante punitivo.

En ese sentido, se encuentran dos argumentos que justamente invitan a la reflexión crítica de lo decidido en esta sentencia: (i) la existencia de esta figura jurídica encuentra sustento en las denominadas obligaciones en doble vía inherentes al fin resocializador de la pena, estas consisten en que el Estado no sólo es el responsable de resocializar al condenado, sino que este último tiene también el compromiso de asumir una actitud activa en la materialización de su rehabilitación en la vida en sociedad, pues la falta de compromiso del condenado tornaría infructuoso cualquier esfuerzo estatal para su resocialización y conllevaría a un alto costo social con relación al bienestar social y a la convivencia pacífica; y (ii) fijar la reincidencia como agravante de la pena es una expresión del *ius puniendi*¹⁰ del Estado, específicamente de la libertad de configuración normativa que ostenta el legislador¹¹.

Sobre el primero de los anteriores argumentos, se debe señalar que si se fundamenta de esa manera la figura jurídica de la reincidencia, se puede generar cuestionamientos relacionados con una posible colisión o incompatibilidad con el concepto de dignidad

5 del artículo 90 de la Ley del 12 de noviembre de 1874 en Chile, el numeral 23 del artículo 27 del Decreto 17 de 1973 en Guatemala, el artículo 20 del Código Penal Federal vigente en México, el numeral 13 del artículo 88 de la Ley 14 de 2007 en Panamá, el artículo 9 del Decreto Ley 25475 en Perú, etc.

6 Un ejemplo de ello en Colombia es el inciso 4 del artículo 319 de la Ley 599 de 2000 modificado por el artículo 4 de la Ley 1762 de 2015 en Colombia.

7 Un ejemplo de ello en Colombia es el inciso 1 del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 modificado por el artículo 4 de la Ley 1773 de 2016 en Colombia.

8 Locución latina que significa no dos veces por lo mismo, es un principio jurídico de origen romano que en el sistema jurídico colombiano es de rango constitucional y un derecho fundamental según el artículo 29 de la Constitución Política de 1991. Este principio prohíbe al Estado investigar, procesar y condenar cuando sea la misma persona, los mismos hechos y la misma jurisdicción frente a una situación ya superada en el pasado por absolución o condena.

9 Véase las Sentencias C-060 de 1994, C-184 de 1998, C-252 de 2003, C-062 de 2005, C-077 de 2006, C-425 de 2008, entre otras.

10 Locución latina que significa la potestad de declarar conductas humanas como delito y asignarles sus correspondientes consecuencias jurídicas, tanto la pena como los aspectos agravantes y atenuantes de la misma. Sobre este asunto véase LUZÓN (LUZÓN, 2012, p. 21-23); (LUZÓN, 2004, p. 75-89); (MUÑOZ; GARCÍA, 2010, p. 69-70) y (VELÁSQUEZ, 2004, p. 24-28).

11 Sobre la libertad de configuración normativa del legislador véase (JAKOBS, 1995, p. 88-99).

humana¹², ya que éste es un principio constitucional¹³ que conlleva a un sagrado respeto de la esfera subjetiva de la persona humana, por el que cada persona se autodetermina y que implica la no intervención del Estado en algunos aspectos muy propios del fuero interno de cada persona¹⁴. En cuanto al segundo argumento referido en esta sentencia, se traduce en que esta figura jurídica no encuentra restricción constitucional que impida su existencia y validez en el sistema jurídico colombiano; entendiendo por existencia lo relacionado al cumplimiento de las condiciones formales de producción de la norma jurídica. Es decir, la satisfacción de los procedimientos para emitir el acto normativo y la competencia del órgano que emana (FERRAJOLI, 1995, p. 349) y (FERRAJOLI, 2000, p. 46-47), mientras que el concepto de validez atiende al cumplimiento de condiciones sustanciales, que se refieren a la coherencia o ajuste semántico de la norma legal con las normas o principios constitucionales que disciplinan su producción (FERRAJOLI, 1995, p. 874) y (FERRAJOLI, 2000, p. 50). En este orden de ideas, es posible sostener que ambos argumentos de la Sentencia C-181 de 2016 tienen una fuerte relación sustancial entre sí, ya que si se evidencia que la figura jurídica de la reincidencia es incompatible con el principio de dignidad humana por estar fundamentada en elementos axiológicos refutables asociados al fin resocializador de la pena, con ello se refutaría también que su determinación en la ley penal es una expresión de la libertad de configuración normativa del legislador colombiano que no encuentra límites o restricciones procedimentales o sustanciales, pues se corroboraría que la dignidad humana fundada desde el artículo 1º de la Constitución Política¹⁵ constituye un límite a dicha expresión del *ius puniendi*.

2 DELIMITACIÓN E INTERACCIÓN CONCEPTUAL

La ambigüedad es una característica intrínseca de las palabras¹⁶, debido a que la correspondencia que existe entre significante y significado no se genera por algún lazo natural entre sí (SAUSSURE, 1945, p. 94), sino que se establece por el hábito colectivo y la convención que las personas hacen en sociedad. Esto conlleva a que el Derecho

12 Algunos doctrinantes han señalado, sin ofrecer mayor argumentación, que el agravante punitivo de la reincidencia y la dignidad humana son incompatibles en significado o contenido, véase OSSA (2012), p. 138 y PUENTE (2013), pp. 195-196; de la misma forma lo alude el Magistrado Jaime Córdoba Triviño en su salvamento de voto a la sentencia C-062 de 2005 de la Corte Constitucional.

13 Corte Constitucional, Sentencias T-881 de 2002, C-397 de 2010, C-143 de 2015, entre otras.

14 Corte Constitucional, Sentencias C-221 de 1994, C-239 de 1997, T-881 de 2002, C-355 de 2006, entre otras.

15 Concordante con este artículo es el artículo 1 de la Ley 599 de 2000, en el que se expresa que “El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”.

16 Para el estructuralismo lingüístico, las palabras son signos lingüísticos compuestos por una imagen acústica o significante y por una idea o significado, véase (SAUSSURE, 1945, p. 92-93).

pueda ser vago¹⁷ y a que existan conceptos jurídicos indeterminados¹⁸, permitiendo que se puedan establecer pautas generales de conducta y principios lo suficientemente amplios para ser aplicables a un sinnúmero de casos particulares, pero también provoca que se propicien dudas sobre lo que se expresa en las disposiciones¹⁹, lo cual implica el uso de la interpretación y la argumentación para fijar los contenidos de las normas jurídicas. La indeterminación de los conceptos jurídicos varía dependiendo de la forma en que se expresen en las disposiciones, el rango normativo que se encuentran dentro del sistema jurídico, la formulación de parámetros para su aplicación e incluso del tiempo que transcurre entre la creación de la disposición y su aplicación. Por esta razón a continuación se realizará una aproximación conceptual a los significados o contenidos de reincidencia, dignidad humana y resocialización como uno de los fines de la pena con el propósito de identificar nociones teóricas útiles que nos permitan analizar críticamente la Sentencia C-181 de 2016.

2.1 sustento teóricos de la reincidencia

Siguiendo a Zaffaroni, la reincidencia es entendida como “la problemática de las disposiciones legales que hacen derivar una consecuencia jurídica más grave o más privativa de derechos de la circunstancia de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito (...)”²⁰. De esta definición podemos extraer los dos elementos constitutivos de la figura jurídica de la reincidencia: por una parte, la comisión de un delito anterior por el cual el culpable ya ha sido condenado mediante sentencia en firme y, por otra parte, la existencia de un nuevo delito que fue realizado por la misma persona de manera posterior a esa condena²¹. En estos términos, acierta la Corte Constitucional al señalar que la reincidencia es la reiteración en la comisión de delitos, es decir, el reproche adicional que recae en la persona que cometió un delito después de ya haber sido sancionada o de haber cumplido la pena impuesta por la comisión de un delito anterior²². Esos son los elementos estructurales básicos que dan contenido

17 Sobre esta característica del derecho véase (ENDICOTT, 2003, p. 188); (ENDICOTT, 2007, p. 34); (MANILLI, 2014, p. 61-64); (MOLINA, 2007, p. 36-69) y (NINO, 1980), p. 1.

18 Sobre la indeterminación en los conceptos jurídicos véase (GUASTINI, 1999, p. 211-216); (GUASTINI, 2010 p. 30-34); (HART, 1998, p. 155-157); (KELSEN, 1982, p. 349-365) y (NÚÑEZ, 2013, p. 15-29).

19 Disposición es diferente a norma jurídica, por la primera debe entenderse el texto o enunciado que es fuente de la norma, mientras que la norma es el significado deducible de la disposición que es generado por el intérprete. Al respecto véase (ATIENZA; RUIZ, 1996, p. 13); (BERNAL, 2007, p. 82-85); (CRISAFULLI, 2011, p.69-71); (GÓMEZ, 2017, p.86); (GUASTINI, 1999, p. 101); (NINO, 1992, p. 40); (MORESO, 1997, p. 19) y (TARELLO, 2013, p. 31-32).

20 (ZAFFARONI, 1992, p. 1).

21 Sobre los elementos de la figura jurídica de la reincidencia véase (CARRARA, 1976, p. 96) y (LATAGLIATA, 1963, p. 16).

22 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-425 de 2008 y C-181 de 2016. Criterio que ha sido acogido favorablemente por la CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA, Sentencias de Casación Penal del 28 de octubre 2009 del proceso 31568,

a la reincidencia, aunque la doctrina clasifique en detalle las diversas variaciones conceptuales de esta figura²³.

Existen diferentes sustentos teóricos que fundamentan la pertinencia de la figura jurídica de la reincidencia en materia penal. Por una parte, la teoría de la mayor culpabilidad (LATAGLIATA, 1963, p. 247-260) y (MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 64). señala que la conducta del reincidente tiene un nivel más elevado de reproche en la culpabilidad y por lo tanto merece un mayor castigo penal que la persona que nunca ha delinquido, debido a que la preexistencia de una condena penal le brinda a la persona un mayor conocimiento, posibilidad, capacidad y deber de reprimir los impulsos delictivos, no obstante a esta postura doctrinal se le critica el desconocimiento de que la culpabilidad es una garantía o principio constitucional que limita²⁴ la atribución de la responsabilidad penal²⁵ y no constituye fundamento para ampliar niveles de atribución de responsabilidad. Por otro lado, la teoría de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria (CARRARA, 1973, p. 207-208); (CARRARA, 1976, p. 98) propone que al reincidente no se le debe dosificar la misma pena que ya se le impartió en el pasado, porque con la comisión del nuevo delito demuestra su insensibilidad frente a la misma, por consiguiente se debe imponer y ejecutar una pena más severa para hacer contener

del 26 de agosto de 2015 del proceso 45927, entre otras.

23 En la doctrina comparada existen al menos diez acepciones vinculadas a la reincidencia, a saber: (i) reincidencia real, verdadera o propia: exige que la persona no sólo haya sido condenada mediante sentencia en firme, sino que también se haya expiado, purgado o cumplido la pena impuesta del primer delito; (ii) reincidencia ficta, ficticia o impropia: requiere tan solo que se haya impuesto la sentencia condenatoria ejecutoriada por el primer delito y no exige que la persona haya expiado, purgado o cumplido la pena impuesta del primer delito; (iii) reincidencia específica o con analogía: exige un nuevo delito de la misma naturaleza, especie o índole que el primer delito por el que antes fue penado o sancionado con sentencia en firme; (iv) reincidencia genérica o con carencia de analogía: otorga la posibilidad que el nuevo delito sea de distinta naturaleza, especie o índole al delito cometido anteriormente y por el cual ya fue penado o sancionado mediante sentencia condenatoria ejecutoriada; (v) reincidencia temporal o de tiempo determinado: se caracteriza por tener vigencia por un periodo establecido de tiempo, luego del cual la sentencia condenatoria impuesta por la comisión del segundo delito no puede ser agravada penalmente; (vi) reincidencia permanente o de tiempo indeterminado: no requiere ningún término establecido, por lo que el estado de reincidencia es para toda la vida a quien le es impuesto; (vii) reincidencia simple: exige tan solo una anterior sentencia condenatoria en firme o pena expiada, purgada o cumplida; (viii) reincidencia múltiple o plurireincidencia: se caracteriza porque la persona anteriormente ha tenido varias sentencias condenatorias ejecutoriadas o penas expiadas, purgadas o cumplidas, es decir que en el pasado hubo declaración judicial de reincidencia y nuevamente será declarada por el juez penal; (ix) reincidencia abstracta u obligatoria: se presenta en las disposiciones penales de forma general para ser aplicada necesariamente para cualquier persona; y (x) reincidencia facultativa: se confía en la valoración del juez para que establezca el enlace entre sentencia condenatoria en firme o pena expiada, purgada o cumplida y el nuevo delito que se cometió. Esta clasificación de la figura jurídica de la reincidencia ha sido elaborada con base en: (BETTIOL, 1965, p. 587); (CARRARA, 1973, p. 209); (CARRARA, 1976, p. 105); (COFRÉ, 2011, p. 4); (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1997, pp. 538-539); (LATAGLIATA, 1963, p. 14-15); (MAGGIORE, 1989, p. 201-203); (MARTÍNEZ, PEÑA, PEÑA 2016, p. 9); (PUIG, 1955, p. 161-162); (RANIERI, 1975, p. 184); (ZAFFARONI, 1988, p. 356) y (ZAMORA-ACEVEDO, 2013, p. 336-338).

24 Sobre el principio de culpabilidad como límite a la atribución de la responsabilidad penal véase (FERRAJOLI, 1995, p. 487-502); (ROXIN, 1997, p. 99-103); (TAMAYO, 2012, p. 50-52).

25 La responsabilidad penal es el conjunto de condiciones normativas para que una persona sea sometida a pena, es decir que responsabilidad es igual a sometibilidad. Dependiendo la configuración del sistema jurídico, la responsabilidad puede ser: (i) objetiva: se genera en virtud de conductas y causas ajenas no voluntarias por quien se le atribuye; y (ii) subjetiva: es a título personal en razón a conductas propias, individuales y voluntarias. Al respecto véase (FERRAJOLI, 1995, p. 490) y (NINO, 1980, p. 52).

de manera preventiva la eventual comisión de nuevos ilícitos por parte de esta persona, este argumento representa una falacia basada en presupuestos idealistas que se enfocan exclusivamente en el sujeto y no en su actuar exteriorizado en el mundo, es una postura punitivista orientada a redoblar esfuerzos sancionatorios, es decir, a ampliar las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito. En cuanto a la teoría de la mayor peligrosidad (FERRI, 1933, p. 285-287), esta sostiene que el reincidente tiene un síntoma de peligrosidad y de mayor incorregibilidad que las personas que han cometido un solo delito, lo que conlleva a que, para la defensa de la sociedad frente a esta persona, se requiera de la imposición de una pena mayor que la ya ejecutada, esta postura es de corte utilitarista y desconoce el trato y respeto que merecen todas las personas por su valor intrínseco humano que prohíbe su instrumentalización incluso en casos donde se beneficien otras personas o el Estado (PUENTE, 2013, p. 191). Finalmente la teoría de la mayor inclinación al delito como característica de un tipo de autor (BETTIOL, 1965, p. 581-590), o también llamada teoría de la mayor capacidad para delinquir (RANIERI, 1975, p. 182-185), argumenta que el fundamento de la reincidencia penal consiste en sancionar una forma de vida o una característica especial de ciertos individuos, sancionándose entonces a la persona por lo que es interiormente, imprimiéndosele con ello una marca distintiva frente al resto de los conciudadanos que lo identifica por ser reincidente y por su supuesta e inevitable inclinación al delito o capacidad especial para delinquir, posición propia del denominado derecho penal de autor que debe ser rechazada de plano en los Estados Constitucionales de Derecho que en su lugar deben propender por un derecho penal de acto²⁶.

En suma, estas teorías que fundamentan la existencia de la figura jurídica de la reincidencia proponen argumentos en contravía de ciertas garantías y presupuestos penales liberales, lo que conlleva en sistemas jurídicos como el colombiano a incoherencias semánticas, sistemáticas y teleológicas frente a determinados fines y valores constitucionales. En ese sentido, es posible estimar que la reincidencia es una figura jurídica “inválida” en términos garantistas²⁷, pues las afrontas que hace a los principios consti-

26 El principio constitucional de derecho penal de acto impone que las normas punitivas se deben dirigir a las conductas exteriores y no a lo que son interiormente las personas, como a su carácter, temperamento, personalidad, pensamiento, afectividad o hábitos de vida, pues contrario a éste, el principio de derecho penal de autor si tiene en cuenta estas peculiaridades del individuo para imponer y graduar la pena. Sobre la diferencia entre derecho penal de acto y derecho penal de autor véase (FERNÁNDEZ, 2014, p. 232); (GÓMEZ, 2007, p. 25-27); (ROXIN, 1997, p. 176-177); (TOCORA, 2005, p. 176-185) y (VELÁSQUEZ, 2004, p. 45-47).

27 En este punto se entiende el concepto de validez en el sentido propuesto por la Teoría del Garantismo de Luigi Ferrajoli, que antes se explicó en este artículo.

tucionales del *non bis in idem*²⁸ y del derecho penal de acto²⁹ son insuperables y de tal magnitud que su aplicación y existencia misma en la ley penal implica la vulneración de derechos fundamentales de las personas, pero ante todo desconoce la aplicación cabal del principio de dignidad humana.

2.2 La dignidad humana y la autonomía de la voluntad en la jurisprudencia de la corte constitucional

Una de las funciones sistemáticas o dogmáticas claves de la Constitución³⁰ consiste en fijarle límites al *ius puniendi* del Estado. Con ello se configuran un conjunto de garantías ciudadanas que impiden que el Estado pueda punir formas de pensar y de vida, imponer penas draconianas, tener conductas como delito que no se encuentren tipificadas de manera clara, previa y estricta en la ley escrita, entre otras situaciones antiliberales.

28 El principio del *non bis in idem* se encuentra en el sistema jurídico colombiano en: (i) el numeral 7 del artículo 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968; (ii) el numeral 4 del artículo 8 de la Convención americana sobre derechos humanos aprobada mediante la Ley 16 de 1972; (iii) el inciso 4 del artículo 29 de la Constitución Política de 1991; (iv) el artículo 8 de la Ley 599 de 2000; y (v) el artículo 21 de la Ley 906 de 2004.

La figura jurídica de la reincidencia vulnera el principio constitucional y derecho fundamental del *non bis in idem*, pues la comisión del primer delito no debe generar efectos jurídicos hacia el futuro para la persona después de haberse investigado, procesado, condenado y cumplido la pena, existiendo identidad de persona, hechos y jurisdicción en la imposición de la consecuencia jurídica de la reincidencia entre la condena impuesta mediante sentencia ejecutoriada en el pasado y la que se pretende imponer posteriormente como agravante del segundo delito. Sobre este asunto véase (ACOSTA, 2002, p. 24-28); (CHÁVEZ, 2016, p. 30); DE SOUSA (DE SOUSA, 2011, p. 71-91); (DONNA; IUVARO, 1984, pp. 30-32); (MARTÍNEZ *et al.*, 2016, p. 19); (OSSA, 2012, pp. 126-127); (SILVEIRA, 1998, p. 51); (ZAFFARONI, 1992, p. 7) y (ZAMORA-ACEVEDO, 2013, p. 345).

29 El principio de derecho penal de acto se encuentra en el sistema jurídico colombiano en: (i) el artículo 15 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968; (ii) el artículo 9 de la Convención americana sobre derechos humanos aprobada mediante la Ley 16 de 1972; (iii) el inciso 2 del artículo 29 de la Constitución Política de 1991; (iv) el artículo 6 de la Ley 599 de 2000; (v) los artículos de la parte general del Código Penal vigente que se refieren al concepto de conducta u acto, como los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 19, 21, 22, 23, 25, 26, 27, entre otros; y (vi) los artículos de la parte especial del Código Penal vigente en los que se establecen tipos penales dolosos, culposos y preterintencionales que son conductas humanas exteriores.

La figura jurídica de la reincidencia vulnera el principio constitucional de derecho penal de acto, ya que esta es un estado que se le impone a la persona por un aspecto de su personalidad, pues la experiencia de ser condenado previamente se interioriza en el ser mismo del individuo y al tenerse en consideración para agravar la pena del segundo delito, es tener en cuenta la reincidencia para valorar al individuo por lo que es. La Corte Constitucional en la sentencia C-425 de 2008 afirma respecto a este asunto, cuando estaba establecida esta figura jurídica en el inciso 1 del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 modificado por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, que es la personalidad del condenado lo que realmente se valora en esta figura jurídica: “Dentro de los criterios de valoración de la personalidad del condenado, el legislador ha señalado la existencia de antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, de tal suerte que si éstos resultan favorables en el sentido general de aceptación social, el sentenciado puede tener derecho a que se le concedan los beneficios indicados en la ley. Pero, de la misma manera, de la valoración sobre la personalidad del condenado, o de la gravedad de la conducta punible, o de la buena conducta del sentenciado, el juez puede concluir que la pena aún es necesaria o que debe mantenerse la rigidez de la medida restrictiva de la libertad. Precisamente uno de los criterios que el legislador ha utilizado para suponer que la pena debe mantenerse, o que no es adecuado ni justo otorgar beneficios al condenado, es el de la reincidencia (...)”. Al respecto véase (BERNATE, 2016, p. 207-214); (BETTIOL, 1965, p. 581-590); (OSSA, 2012, p. 127); (ROXIN, 1997, p. 186-188); (SILVEIRA, 1998, p. 46-47); (ZAFFARONI, 1992, p. 7) y (ZAMORA-ACEVEDO, 2013, p. 345).

30 Sobre el papel de la Constitución en el derecho penal véase (DURAN, 2011, p.142-158); (TIEDEMANN, 1991, p. 145-170) y (URBANO, 2002, p. 13-42).

Los principios constitucionales³¹ son cabeza del sistema jurídico, al ser formulaciones generales que fundan epistemológica y normativamente al derecho penal (ESTRADA, 2011, p. 41-72) y (FERNÁNDEZ, 2013, p. 118-120), direccionan el sentido y alcance de las normas jurídicas (GUASTINI, 1996, p. 116) y (ZAGREBELSKY, 2005, p. 117) e imprimen aspectos de coherencia y racionalidad al derecho penal sustantivo y adjetivo. En ese sentido, todos los poderes públicos quedan sujetos a la Constitución, entre estos el juez al momento de interpretar y aplicar la ley penal e incluso el legislador en su función de creación de disposiciones legales (FERRAJOLI, 2000, p. 163) y (RAMÍREZ; MENESES, 2010, p. 90). En efecto, el propio derecho penal encuentra su razón de ser en la limitación racional de la intervención punitiva, evitando que en el ejercicio de dicha actividad estatal se desconozcan exigencias referentes a un trato humano y digno acorde a los actuales modelos constitucionales (SCHÜNEMANN, 2007, p. 251-278) y (SOTOMAYOR; TOMAYO, 2017, p.33).

El principio constitucional de dignidad humana³² connota que el ser humano tiene una marca de identidad, superioridad y exclusividad sobre los demás seres y cosas en el mundo. La concepción occidental predominante de dignidad humana se encuentra relacionada con el muy reconocido imperativo categórico propio de la ética kantiana que se basa en tratar a todo ser humano como un fin en sí mismo y nunca como un medio para alcanzar fines (KANT, 2007, p. 46), reconociéndose con ello el valor humano intrínseco de las personas e imponiendo un “deber ser” a toda conducta individual, social y estatal orientada por el respeto de dicho valor (PELÉ, 2006, p. 882). El ser humano no pueden ser instrumentalizado o cosificado para cumplir propósitos u objetivos por más que beneficien a la sociedad o al Estado (HABERMAS, 2010, p. 4-5), porque en la relación entre estos siempre primará el individuo precisamente por el valor que posee como persona (FERRAJOLI, 1995, p. 906). Además, el Estado y el Derecho no son más que instrumentos para la realización del ser humano (CRUZ; RESTREPO, 2016, p. 260); (FERRAJOLI, 1995, p. 880-883) y (GÓMEZ, 2011, p. 40), careciendo de fundamento cuando se alejan de las consideraciones básicas que hacen al individuo un ser humano³³, al cosificarlo y reducirlo a una cosa más en el mundo³⁴.

31 En el evento que estos principios se plasman en leyes se denominan normas rectoras, tal como pueden encontrarse en Título I del Libro I de la Ley 599 de 2000 y en donde el artículo 13 señala que “Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación”.
32 Sobre el principio de dignidad humana como límite de la libertad de configuración normativa del legislador colombiano véase CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-205 de 2003.

33 En el estudio antropológico-filosófico del individuo son diferentes y complementarios los conceptos de ser humano, naturaleza humana y persona: por el primero de estos debe entenderse todo ente de la especie humana, remitiendo ello a las características biológicas como el ADN; naturaleza humana es el ser en cada ente, es decir aquel aspecto que comparten todos los individuos tanto biológica como espiritualmente a un nivel ontológico específico; y finalmente, persona es el individuo que tiene naturaleza humana, siendo a su vez un ser individual, irrepetible e irremplazable. Sobre esta diferencia véase (LACALLE, 2013, p. 25-26).

34 CORTE IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988) párr. 154 y (ZAFFARONI, 2012, p. 192).

La dignidad es una característica de la naturaleza humana y su titularidad se genera en virtud de la facultad racional de las personas (COPETTI; FERNANDES, 2013, p. 76) y (KANT, 2007, p. 51), ya que la razón distingue las personas de las demás cosas³⁵ por propiciar su tránsito de un mundo sensible a un mundo inteligible: el mundo sensible se encuentra sometido a las fuerzas naturales en un contexto de heteronomía³⁶, mientras que el mundo inteligible se rige por aspectos no empíricos y pautas que se fundan en la razón, en un marco de libertad y de la autonomía de la voluntad (KANT, 2007, p. 65) y (BERLIN, 1958, p. 11). Por esta razón, la dignidad humana connota que las personas como seres racionales no obedecen más criterios morales que aquellos que se dan a sí mismas, es decir, que la dignidad humana se funda en la autonomía como autodeterminación moral (KANT, 2007, p. 47) y (LANCHEROS-GÁMEZ, 2009, p. 264).

La autonomía implica tener independencia de todos los demás individuos de cualquier constricción o de normas morales externas (KANT, 2007, p. 44-45), en tanto que al ser consciente de sus acciones, la persona tiene una capacidad autoreflexiva que le permite juzgarse moralmente a sí misma, por lo que su autonomía siempre remite a la conciencia (PELÉ, 2006, p. 943) y es el rasgo sobre el cual se revela su capacidad única para proyectarse en su existencia (PELE, 2006, p. 947). En otras palabras, la persona es un proyecto que vive subjetivamente al interpretar constantemente sus experiencias y que imponiendo su voluntad en su vida será únicamente lo que se ha proyectado ser (SARTRE, 2009, p. 31-33).

La dignidad humana implica que el ser humano es libre (BERLIN, 1958, p. 11) y (KANT, 2007, p. 65), tanto negativa como positivamente. La libertad negativa consiste en la no interferencia de los otros en el actuar propio, mientras que la libertad positiva consiste en que la vida y las decisiones dependen del individuo mismo. Es decir, la libertad consiste en ser movido por razones y propósitos propios (BERLIN, 1958, p. 3-10), pues la libertad negativa es independencia mientras que la libertad positiva es autodeterminación (KANT, 2003, p. 30). De allí que los individuos deben tener derecho a un esquema de libertades lo más amplio posible y el cual respete el mismo derecho para los otros ciudadanos (CONSTANT, 2013, p. 2-3) y (RAWLS, 2006, p. 67), esto implica que la sociedad y el Estado sólo deben intervenir en la libertad del ser humano cuando con sus acciones perjudica injustamente a otras personas. Sin embargo, dicha libertad es plena cuando su conducta solo afecta sus propios intereses, pues ninguna persona o conjunto de ellas tienen el derecho de decidir cómo una persona en particular

35 Las personas son sujetos susceptibles de imputación mientras que las cosas no lo son; imputar es considerar al agente como autor del efecto, cuando previamente se conoce la pauta en virtud de la cual pesa una obligación sobre ello. Al respecto véase (KANT, 1989, p. 30).

36 La heteronomía se produce cuando la voluntad se orienta por criterios e ideas externas que se originan en objetos u otras personas, la heteronomía es lo opuesto a la autonomía. Véase (GORDILLO, 2008, p. 247-250) y (KANT, 2007, p. 53-54).

conduce su vida (MILL, 1962, pp. 88-89). Por esta razón, se sostiene que los individuos no pueden ser perseguidos penalmente o coaccionados por defender determinadas ideas o valores (PERALTA, 2012, p. 283-312), como tampoco por llevar un modo de vida que perciban los otros como inmoral o incomodo (NINO, 1989, p. 229-236) y (SERNA, 2013, p. 30), teniendo sin embargo el deber jurídico de no cometer delitos (FERRAJOLI, 1995, p. 223).

El reconocimiento y respeto de la dignidad humana es lo que permite inferir si se está frente a un derecho penal liberal³⁷ o a un derecho penal autoritario³⁸, pese a que en sistemas penales de corte liberal puedan existir normas jurídicas incoherentes semánticamente con la Constitución y que son afines a un derecho penal autoritario. La dignidad humana no supone una contrapartida de sujetos indignos o inhumanos, debiéndose entonces rechazar toda justificación expansiva de la intervención penal basada en la diferenciación entre buenos y malos ciudadanos, esto porque el principio constitucional de dignidad humana no puede operar como un elemento negativo de restricción, por el simple hecho de que no existen humanos sin dignidad o carentes de humanidad (SOTOMAYOR; TOMAYOR, 2017, p.31).

Ahora bien, este trasfondo teórico sobre el principio constitucional de dignidad humana ha sido acogido favorablemente por la jurisprudencia constitucional. En la Sentencia C-221 de 1994, al estudiar la despenalización del consumo de la dosis personal, se expresa que la dignidad humana, como uno de los pilares de la estructura jurídica, connota la característica de las personas de ser autónomas para elegir su propio destino, frente a lo cual está impedido el sistema jurídico a actuar ante aspectos personales que no trasciendan de la órbita individual a la sociedad. En la Sentencia C-239 de 1997, al tratarse el tema del homicidio por piedad, se manifiesta que la dignidad humana es un valor supremo que propende por la superación de la persona al reconocerse su autonomía e identidad, siendo entonces la persona capaz de asumir en forma responsable y por sí misma las decisiones sobre los asuntos que primeramente le incumben, debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes en función de los otros sujetos morales con quienes le corresponde no dañar para convivir.

En este mismo orden de ideas, la Corte Constitucional en la Sentencia T-881 de 2002 afirma que el contenido normativo de la dignidad humana se presenta en el sistema jurídico colombiano de la siguiente forma: (i) según su objeto de protección: a) la dignidad humana connota la autonomía o posibilidad de diseñar el proyecto de vida y de determi-

37 Véase (FERNANDEZ, 2013, p. 76); (LOPEZ, 2001, p. 150-151) y (SILVA, 2000, p. 40-54).

38 Véase (JAKOBS ; CANCIO, 2003, p. 33-43) y (JAKOBS, 2004, 44-47). Sobre el desconocimiento de la dignidad humana por el derecho penal de enemigo véase (CERVINI, 2010, p.43-46); (NÚÑEZ, 2009, p. 399-401) y (SCHÜNE-MANN, 2007, p. 57-79).

narse según sus propios criterios y características, lo que se traduce en vivir como quiera; b) la dignidad humana se entiende como ciertas condiciones materiales concretas de existencia, lo que es vivir bien; y c) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, que son la integridad física y la integridad moral, lo que traduce en vivir sin humillaciones; y (ii) según su funcionalidad, la dignidad humana es un valor, un principio constitucional y un derecho fundamental.

Sobre esto último, la Corte Constitucional incurre en una imprecisión conceptual si se dimensiona en estricto sentido los alcances verdaderos de la dignidad humana, pues no constituye como tal un derecho fundamental, sino que es el fundamento de esta clase de derechos (BERIAIN, 2005, p. 350-351); (DORN, 2011, p. 77), (HÄBERLE, 2003, p. 174); (ROLLA, 2002, p. 471-472) y (SOTOMAYOR; TOMAYOR, 2017, p. 26). La dignidad humana representa un presupuesto jurídico intangible sin limitación alguna, esto significa que es una norma independiente del espacio y del tiempo, que está dada como algo siempre presente y que no puede perderse ni se puede prescindir de ella absolutamente (CRUZ, 2005, p. 21-22). Esto hace que la dignidad humana sea el principio constitucional de más alto nivel del sistema jurídico y que sea diferente a los derechos fundamentales en razón a que ninguno de estos derechos es absoluto o ilimitado³⁹. Sin el reconocimiento de la dignidad humana no hay fundamento para reconocer la existencia de derechos humanos exigibles jurídicamente en un Estado en concreto. La dignidad humana es el núcleo central de la parte dogmática de toda Constitución y orienta la fijación de límites al ejercicio de todo poder establecido en la parte orgánica de la Constitución.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, al estudiar la despenalización del aborto en algunos casos, considera que la dignidad humana es la base axiológica de la Constitución que asegura a las personas una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos y por los particulares, lo que conlleva a que el Estado está al servicio del individuo y no el individuo al servicio del Estado. Igualmente, la Corte Constitucional en las Sentencias C-040 de 2006 y C-309 de 1997, señala que el principio constitucional de dignidad humana proscribía las medidas coactivas del Estado tendientes a perfeccionar a los individuos, al desconocerse con ello la autonomía de las personas y el pluralismo en todos los aspectos de la vida, pues las autoridades al sancionar a un individuo que no ha afectado derechos de terceros injustamente, sino que únicamente no acepta coactivamente los ideales impuestos, desconoce que cada individuo tiene la posibilidad de autodeterminarse moralmente.

39 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-179 de 1994, T-293 de 1994, C-586 de 1995, C-010 de 2000, C-592 de 2012, C-435 de 2013, entre otras.

Además, la Corte ha argumentado que la dignidad humana también puede entenderse jurídicamente como: (i) la existencia de igualdad⁴⁰: la pertenencia de todos los individuos a la especie humana implica que todos merecen un trato humano y digno sin importar sus diferencias en razón a raza, religión, preferencia sexual, opción de vida, etc.; (ii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales⁴¹: las personas deben tener integridad física y moral, prohibiéndose por ello los tratos crueles e inhumanos, las penas imprescriptibles, trabajos forzados y debiéndose promover la protección a las personas en situación de indefensión; (iii) las condiciones materiales y concretas de existencia⁴²: es la causa de la declaración de estado de cosas inconstitucional de los centros penitenciarios y carcelarios en Colombia⁴³, pues las personas merecen una existencia cómoda en condiciones que satisfagan sus requerimientos mínimos de salud, alimentación, espacio, recreación, educación, etc. Así pues, las sentencias referenciadas hasta el momento, permiten aseverar que la Corte Constitucional ha acogido favorablemente las consideraciones filosóficas de la dignidad humana que la asocian con la autonomía de la voluntad para dotar de contenido este valor y principio constitucional en el sistema jurídico colombiano. En todo caso, la dignidad humana representa un prisma que irradia toda disposición normativa que regule el actuar humano, por esa razón, y dado el alto contenido y alcance de la dignidad humana en los Estados Constitucionales de Derecho, categorías normativas y conceptuales como reincidencia y resocialización no deben ser ajenas a la adecuación debida de las obligaciones que impone acatar el principio de dignidad humana cabalmente.

2.3 La resocialización dentro de los fines de la pena en Colombia

La pena es la sanción aplicable a una persona cuando ha cometido un delito, lo que se traduce en la clásica acepción latina *nulla poena sine crimine*⁴⁴. Sin embargo, pese a que el delito es una causa necesaria, no es suficiente para la imposición de la pena, pues en los sistemas jurídicos pueden existir otros elementos que la determinan, como son las causales de ausencia de responsabilidad⁴⁵, las circunstancias de atenuación o

40 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-205 de 2003, T-099 de 2015, entre otras.

41 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1212 de 2001, C-143 de 2015, T-151 de 2016, T-276 de 2016, entre otras.

42 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-266 de 2013, T-013 de 2016, T-193 de 2017, T-020 de 2017, T-143 2017, entre otras.

43 Sobre el estado de cosas inconstitucional en Colombia véase CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-026 de 2016, T-153 de 1998, T-606 de 1998, T-530 de 1999, T-256 de 2000, T-257 de 2000, T-847 de 2000, T-1291 de 2000, T-1077 de 2001, T-157 de 2002, T-1030 de 2003, T-1096 de 2004, T-388 de 2013, T-815 de 2013, T-861 de 2013, T-762 de 2015, T-195 de 2015, T-182 de 2017, T-193 de 2017, T-276 de 2017, T-197 de 2017, entre otras.

44 Locución latina que significa nula es la pena sin delito. Véase (FERRAJOLI, 1995, p. 368); (KELSEN, 1982, p. 123-125); (PLASCENCIA, 2004, p. 181-182) y (ROXIN, 1997, p. 41).

45 Las causales de ausencia de responsabilidad penal se encuentran en Colombia en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000. Véase (SANDOVAL, 2003, p. 1-18).

agravación punitiva⁴⁶, las garantías penales como el principio constitucional del debido proceso⁴⁷, entre otros.

Ahora bien, la imposición y ejecución de penas es un asunto difícil, porque a su favor se encuentra la protección de bienes jurídicos de las víctimas⁴⁸ y en su contra los derechos fundamentales del condenado afectados por la pena (ARIAS, 2012, p. 146-147). No obstante, el Estado en ejercicio del *ius puniendi* además de acudir al derecho penal como *ultima ratio*, fundamenta y legitima en parte la necesidad de la pena a partir de la concepción de unos fines, razones o funciones socialmente razonables y acordes al ordenamiento constitucional, cuya importancia estriba en que dichos fines, razones o funciones tienen conexión con el fin mismo del Derecho penal que se encuentra detrás (MEZA, 2014, p. 37) y (ROXIN, 1997, p. 81). En Colombia, el artículo 4 de la Ley 599 de 2000 indica los fines de la pena de la siguiente manera: “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena en prisión”.

En primer lugar, la prevención general y la prevención especial son conceptos que surgieron en las teorías relativas o utilitaristas de la pena⁴⁹, que proponen prevenir los delitos en la sociedad de distinta forma cada una. La prevención general plantea que la pena es un medio para ejercer influencia e intimidación sobre la sociedad, que mediante la amenaza de pena se disuade a las personas de la comisión de delitos (FERRAJOLI, 1995, p. 263); (ROXIN, 1997, p. 89). Mientras que la prevención especial consiste en hacer desistir al autor de un delito cometido de otros delitos futuros⁵⁰, es una función de la pena cuyo sentido admisible en el sistema jurídico colombiano no puede ser la neutralización de quien ha cometido el delito en pro de garantizar la seguridad de la sociedad⁵¹, sino que consiste en entregar razones suficientes durante la ejecución de la pena para que la persona se abstenga en el futuro de reincidir, lo que a la luz de la libertad y la autodeterminación recae en últimas en una decisión individual basada en la propia autonomía de la persona.

46 Las circunstancias de atenuación o agravación punitiva se encuentran en Colombia en los artículos 55 y 58 de la Ley 599 de 2000, producen la disminución o aumento de la pena en cuanto a su duración o intensidad de acuerdo a las características del caso en particular. Véase Andrade; Caldas; (DE LA VEGA, 2004, p. 111-133); (GIMBERNAT, 1979, p. 78-106); (TAMAYO, 2012, p. 13-52) y (VELÁSQUEZ, 2004, p. 556-586).

47 La imposibilidad jurídica de imponer la pena se produciría en razón a la declaratoria por parte del juez de nulidad del proceso por presencia de vulneración de garantías, lo que en Colombia se encuentra en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004. Véase CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-591 de 2005.

48 Sobre la protección de bienes jurídicos como exigencia de intervención del derecho penal, véase (ROXIN, 1997, p. 52-5) 3 y (SCHÜNEMANN, 2007, p. 251-278).

49 Sobre la corriente filosófica del utilitarismo en el derecho penal, véase (BENTHAM, 2004, p. 1-7).

50 (FERRAJOLI, 1995, p. 263); (JAKOBS; CANCIO, 2003, p. 21-25); (ROXIN, 1997, p. 85) y (ZAPE; ARBOLEDA, 2017, p. 149-150).

51 Sobre la inocuidad o neutralización de personas reincidentes como sentido de la prevención especial como fin de la pena, véase Von Liszt (1994, pp. 111-126).

Por su parte, la retribución justa tiene su origen en la teoría absoluta de la pena, que desvinculando la pena de su efecto social propone que la persona que comete un delito merece la imposición de un “mal merecido” que equilibra y expía la comisión de la conducta dañina agotada (FERRAJOLI, 1995, p. 253-258); (KANT, 1989, p. 30); (ROXIN, 1997, p. 82). En el contexto colombiano, el fin de la pena de la retribución justa del artículo 4 de la Ley 599 de 2000 es un límite a la imposición de la pena, ya que se relaciona con el principio de derecho penal de acto por no poderse sancionar penalmente a las personas por su supuesta personalidad malvada o proclive al delito, sino por las conductas que realizan. Sin embargo, también se relaciona con el principio de proporcionalidad al exigirse una elección de la calidad y cantidad de pena por parte del legislador y el juez acorde y correspondiente a la naturaleza y gravedad del delito.

Sobre el fin de la pena de protección al condenado establecido en el artículo 4 de la Ley 599 de 2000, aunque a primera vista se podría pensar que es contradictorio que la pena al ser un mal infligido a quien ha cometido un delito⁵² deba ese mismo mal protegerle, en realidad es que en el derecho penal opera “la ley del más débil” que regularmente es la parte ofendida en el momento del delito, el imputado en el momento del proceso y el detenido en el momento de la ejecución de la pena (FERRAJOLI, 2000, p.179); (MEZA, 2014, p. 38). La pena protege al condenado porque no permite que se materialicen venganzas privadas en su contra por parte de la víctima o de la sociedad, pero también le protege de venganzas del Estado en tanto que al saber la persona qué tipo de pena le será impuesta y su duración o intensidad de acuerdo a las leyes pre-existentes, tendrá seguridad de que es eso y no más, evitando retaliaciones autoritarias o actuaciones desproporcionales e irracionales que no tienen asidero en un derecho penal liberal. El otro sentido de este fin de la pena compatible con el conjunto de garantías en el sistema jurídico colombiano, consiste en que el Estado debe proveer condiciones dignas y humanas en los centros penitenciarios y carcelarios a las personas privadas de la libertad como lugares adecuados donde dormir, contar con la prestación de servicios de salud, condiciones de higiene y sanidad para la prevención de generación y contagio de enfermedades, alimentación balanceada, servicios de educación en distintos niveles de formación, etc.

Por último, con relación a la resocialización asociada de manera colindante a los fines anteriormente descritos, pero ante todo a la reinserción social y a otros conceptos como reeducación, rehabilitación y recuperación social del reo⁵³, tienen origen en

52 La pena por definición es un mal infligido a quien comete un delito, véase (FERRAJOLI, 1995, p. 336-337) y (SOTOMAYOR; TAMAYO, 2017), p. 32. Pero la pena también ha sido definida como un proceso de comunicación entre el Estado y los ciudadanos que mantiene una determinada configuración social, debido a que confirma el estado de las normas jurídicas en un momento determinado, véase (JAKOBS, 1996, p. 25-28); (JAKOBS, 1998, p. 15-32).

53 Sobre la relación y diferencia de los conceptos de resocialización, normalización, reintegración, repersonalización,

doctrinas penales que se desarrollaron vigorosamente en la cultura jurídica a partir de la segunda mitad del siglo XIX, las cuales consideran al delito como patología moral, natural o social, y a las penas como medicina o terapia política que produce curación al individuo (FERRI, 2004, p. 3-47); (GAROFALO, 1890, p. 51-99); (LOMBROSO, 1943, p. 57-67) y (PASUKANIS, 1976, p. 143-160). Esta ideología lleva a considerar de forma despótica que el derecho penal no solo sirve para prevenir delitos, sino también es instrumento para transformar personalidades desviadas para proyectos autoritarios de homogenización mediante técnicas de saneamiento social⁵⁴. Pero en los sistemas jurídicos de los actuales Estados Constitucionales de Derecho, las penas no deben tener este tipo de fines éticos o terapéuticos (FERRAJOLI, 1995, p. 272), por lo que la resocialización que se encuentra en el artículo 4 de la Ley 599 de 2000, debe entenderse como un mandato de no desocialización (ARIAS, 2012, p. 150). Es decir, que por este fin de la pena no deben interponerse obstáculos para que el ciudadano se reinserte en la sociedad solo si así lo desea, pues la pena de prisión no expulsa o marca al autor del delito, sino que debe buscar integrarlo a la sociedad mediante programas educativos y laborales, aunque si el condenado no desea resocializarse, sin duda se debe buscar despertar su disposición en cuanto sea posible, pero no puede ser forzado o coaccionado a ello (ROXIN, 1997, p. 96), siempre debe ser tratado como sujeto y no como objeto.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-261 de 1996 afirma que el Estado tiene la obligación de brindar los medios para que las personas sancionadas penalmente se resocialicen, respetando la autonomía individual al no tener contenidos morales prefijados en la resocialización, pues fijarlos hace parte del proyecto de vida de las personas. En la Sentencia C-656 de 1996, la Corte señala que la resocialización respeta la autonomía del individuo al no buscar la imposición de un conjunto de valores por parte del Estado, sino que consiste en la creación de bases para el autodesarrollo libre mediante la disposición de programas que impidan el detrimento del estado general de la persona y sus opciones reales de socialización por privación de la libertad generada en la intervención penal. Igualmente, la Corte Constitucional en las Sentencias T-267 de 2015 y C-003 de 2017 argumenta que la resocialización constituye un deber del Estado frente a las personas privadas de la libertad, que consiste en proveer los medios y condiciones que posibiliten las opciones de su inserción social respetando su autonomía, por lo que no puede interponerse obstáculos irrazonables y desproporcionados a las personas que deseen acceder a programas educativos para adquirir conocimientos y competencias teóricas y técnicas.

socialización, readaptación social, reeducación, reinserción social, rehabilitación, véase (SANGUINO; BAENE, 2016, p. 11-18).

⁵⁴ Sobre una crítica a estas doctrinas penales, véase (FERRAJOLI, 1995, p. 264-270); (TINEDO, 2008, p. 33) y (TORO, 2013, p. 172-224).

3 LA SENTENCIA C-181 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

En esta polémica sentencia, la Corte Constitucional declara exequible uno de los incisos del artículo 46 de la Ley 1453 de 2011 que modifica el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, luego de que el demandante solicitara declarar su inconstitucionalidad por la supuesta vulneración del principio *non bis in idem*. La disposición demandada establece a la reincidencia como agravante de la pena de la siguiente manera: “La unidad multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores”. De tal manera que el problema jurídico que propone la Corte resolver en la Sentencia C-181 de 2016 consiste en determinar si ¿al establecer la duplicación de la unidad de multa (agravante) por reincidencia en delitos dolosos y preterintencionales condenados dentro de los 10 años anteriores a la comisión del nuevo delito, el legislador vulneró el principio constitucional del *non bis in idem*, al presuntamente establecer la posibilidad de una doble sanción penal a una persona por una conducta punible juzgada y sancionada previamente?

En primer lugar y como parte de la *obiter dictum*⁵⁵ de esta sentencia, la Corte Constitucional hace un estudio explicativo de las categorías de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, para ubicar luego la figura jurídica de la reincidencia en esta última, pues en criterio de la Corte, el problema constitucional de esta figura jurídica se enmarca en comprenderla como un elemento para establecer la pena del condenado. Así las cosas, como parte de la *ratio decidendi*⁵⁶ en la Sentencia C-181 de 2016, se explican categorías como la pena, las teorías sobre el fin de la misma, las clases de pena que existen en el sistema jurídico colombiano y su individualización por parte de los jueces con base en parámetros fijados por el legislador.

Sobre esto último, la Corte Constitucional argumenta que el análisis de la existencia de condenas previas del procesado no genera por parte del juez una valoración sobre su personalidad proclive al delito, ya que se trata es de la verificación de una situación objetiva representada en la existencia de una condena judicial definitiva al momento de la comisión de un nuevo delito. El anterior argumento es ciertamente un esfuerzo de la Corte de eludir matizadamente el amparo que tiene la figura jurídica de la reincidencia en las teorías como: la teoría de la mayor culpabilidad (LATAGLIATA, 1963, p. 247-260) y (MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 64), la teoría de la insuficiencia relativa de

55 Locución latina que hace referencia a los argumentos en las consideraciones de las sentencias que referencian aspectos de pasada o incidentalmente, es decir que no hacen parte del problema u asunto que se resuelve finalmente. Véase CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-131 de 1993, C-037 de 1996, SU-049 de 1999 y (LÓPEZ, 2006, p. 216-220).

56 Locución latina que hace referencia a los argumentos en las consideraciones de las sentencias que referencian aspectos que establecen el principio general de la decisión tomada y que por ello están íntimamente unidos con el problema jurídico planteado y la parte resolutoria de la sentencia. Véase CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-131 de 1993, C-037 de 1996, SU-049 de 1999 y (LOPEZ, 2006, p. 216-220).

la pena ordinaria (CARRARA, 1973, p. 207-208); (CARRARA, 1976, p. 98), la teoría de la mayor peligrosidad (FERRI, 1933, p. 285-287), la teoría de la mayor inclinación al delito como característica de un tipo de autor (BETTIOL, 1965, p. 581-590) o también denominada teoría de la mayor capacidad para delinquir (RANIERI, 1975, p. 182-185). Por lo que carece de sustento afirmar que el análisis de la existencia de condenas previas del procesado es la verificación de una situación objetiva representada en la existencia de una condena judicial definitiva, porque la misma Corte⁵⁷ ha argumentado que el legislador sí valora la personalidad del reincidente en el momento de establecer la sanción por reincidencia en la ley penal, lo cual admite que el legislador si reconoce que esta persona es en teoría más culpable, representa un mayor peligro para la sociedad, tiene una mayor inclinación al delito o tiene mayores capacidades para delinquir.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-181 de 2016 también trata aspectos generales de la figura de la reincidencia como su concepto y naturaleza, sobre lo cual afirma que es la recaída en el delito por quien en el pasado ya ha sido condenado penalmente, configurándose en una forma de agravación punitiva que supone un elemento accidental o accesorio de la pena y al delito, pues no condiciona la existencia de ninguno de estos dos elementos dogmáticos. Esta propuesta de la Corte sobre la naturaleza de la figura jurídica de la reincidencia es una comprensión reducida de la misma, pues esta figura jurídica no solo abarca la circunstancia de agravación de la pena que deriva efectos jurídicos de los antecedentes judiciales, sino que también connota los criterios para no conceder beneficios o subrogados penales al tenerse en cuenta el pasado delictivo de las personas.

En tercer lugar, la Corte Constitucional en esta sentencia estudia la libertad de configuración que tiene el legislador colombiano para tipificar delitos y establecer circunstancias agravantes y atenuantes de la pena, señalando que dicha libertad tiene límites constitucionales en los principios de necesidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, legalidad, de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad, entre otros. La Corte afirma que la figura de la reincidencia es una expresión del *ius puniendi* del Estado, específicamente de la libertad de configuración normativa del legislador, desconociendo con ello la vulneración que hace esta figura jurídica al principio constitucional de *non bis in idem*, a la afectación tácita de la dignidad humana y al irrespeto de los postulados que propenden por un derecho penal de acto.

Por otra parte, en la Sentencia C-181 de 2016 también se aborda el análisis del principio de *non bis in idem* como referente material del control de constitucionalidad de normas penales, frente a lo cual la Corte comete una imprecisión conceptual al limitar

57 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-425 de 2008.

sin razón alguna el contenido de este principio al contenido del principio de prohibición de la doble incriminación (MARTÍNEZ, et al. 2016, p. 13-14), pues *el non bis in idem* es el género que comprende tanto el principio de prohibición de la doble incriminación como los subprincipios de prohibición de doble o múltiple valoración, cosa juzgada, prohibición de doble o múltiple punición y *non bis in idem* material⁵⁸.

Finalmente, en el análisis del contenido jurídico de la norma demandada, la Corte en esta sentencia argumenta que el fundamento de existencia de la figura jurídica de la reincidencia en el Estado colombiano consiste en que ésta efectiviza el fin resocializador de la pena, el cual no impone deberes unilaterales en cabeza del Estado, sino que implica una serie de obligaciones de doble vía en los que necesariamente participa la persona que es objeto de sanción. Esto lleva a que la Corte Constitucional en la Sentencia C-181 de 2016 afirme que el condenado no es un convidado de piedra en el cumplimiento de los objetivos de la pena impuesta, sino que está en la obligación de asumir una actitud activa en su proceso de rehabilitación⁵⁹, pues la falta de compromiso del condenado tornaría infructuoso cualquier esfuerzo estatal para su resocialización y conllevaría a un alto costo social en relación a bienestar y convivencia pacífica.

4 LA FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA REINCIDENCIA PENAL EN LAS OBLIGACIONES EN DOBLE VÍA DEL FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA

Bajo criterio de la Corte, las personas tienen la obligación de resocializarse, sin embargo, esto presupone desafortunadamente que las sociedades se rigen por un orden jurídico y moral perfecto con valores inmutables y unívocos, pues en realidad en toda sociedad coexisten diferentes sistemas de valores y concepciones del mundo que cambian constantemente (MUÑOZ, 1982, p. 391); (MUÑOZ, 2004, p. 93). La obligación de resocializarse para el individuo sancionado no es más que sometimiento o represión encubierta que desconoce su dignidad humana, entendida ésta como autonomía y posibilidad de autodeterminarse moralmente, especialmente en casos de autoría por convicción o por conciencia⁶⁰.

En este contexto, la imposición de valores por parte del Estado y la sociedad a través de la pena de prisión para “perfeccionar o reacondicionar” a las personas que cometen de-

58 CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA, Sentencia de Casación Penal del 26 de marzo de 2007 del proceso 25629.

59 La postura de tornar obligatorio para la persona el fin resocializador de la pena, también puede encontrarse en CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-276 de 2016: “El objetivo principal de la participación del recluso en programas de educación y trabajo es preparar al interno para su vida en libertad; por lo tanto, las actividades laborales y de educación se toman de carácter obligatorio para aquellos reclusos que tengan la calidad de condenados, teniendo en cuenta su finalidad de resocialización”.

60 Al respecto véase (BAUCELLIS I LLADÓS, 2000, p. 37); (JERICÓ, 2007, p. 279); (RADBRUCH, 1924, p. 34).

litos, desconoce también el carácter instrumental del Derecho, considerando erradamente que estos no tienen el deber de reconocer la dignidad humana y proteger los derechos fundamentales de las personas en el marco de una sociedad pluralista y democrática (MUÑOZ, 2004, p. 103), pues las personas tienen derecho a ser diferentes, a decidir como quieran ser interiormente (PERALTA, 2012, p. 283-312) y a elegir su proyecto de vida que mejor les parezca. La imposición de valores demuestra las contradicciones presentes en una sociedad agresiva (MUÑOZ, 1982, p. 396); (MUÑOZ, 2004, p. 95), que generan disfuncionalidad e invalidez en el sistema jurídico presuponiendo erróneamente la existencia de un conglomerado de personas excelsas que merecen ser protegidas de individuos delincuentes y anómalos (BARATTA, 2004, p. 36-39); (NIÑO, 2004, p. 1095-1098), convirtiéndoles a estos últimos en objetos indeseables⁶¹.

Por otra parte, es inconsistente que la Corte Constitucional en la Sentencia C-181 de 2016 fundamente la existencia de la agravación de la pena por reincidencia en el fin resocializador de la pena, por cuanto el inciso del artículo 46 de la Ley 1453 de 2011 que modifica el artículo 39 de la Ley 599 de 2000 establece la agravación de la pena de multa y en el artículo 4 de la Ley 599 de 2000 se indica que dicho fin de la pena opera en la ejecución de la pena de prisión. Más aun, la existencia e imposición de la figura jurídica de la reincidencia en el sistema jurídico colombiano no efectiviza realmente el fin resocializador de la pena de prisión, debido a que este fin de la pena es un mandato de no desocialización que impone al Estado el deber de proveer condiciones y programas educativos y laborales a las personas privadas de la libertad, las cuales tienen la facultad de elegir llevar a cabo o no en el marco de valores que ellas mismas asignen autónomamente.

5 CONCLUSIONES

La jurisprudencia constitucional acoge favorablemente las consideraciones filosóficas sobre la dignidad humana como autonomía de la voluntad para dotar de contenido este valor y principio constitucional en el sistema jurídico colombiano. Además a este principio se le han atribuido otros sentidos, reconociéndose con ello su margen amplio de presencia y operación en el plano jurídico. Conforme a este principio constitucional, la resocialización como fin de la pena debe ser entendida como un mandato de no desocialización durante el tiempo de privación de la libertad, imponiendo al Estado la obligación de proveer de condiciones y programas educativos y laborales, a los que las personas tienen libertad de decidir acogerse y determinar autónomamente como le será beneficioso o no dicha experiencia para su vida.

⁶¹ Sobre la aplicación de la teoría de la necropolítica en el derecho penitenciario y carcelario colombiano, véase (BELLO; PARRA, 2016, p. 365-391).

Por su parte, la figura jurídica de la reincidencia es una problemática de disposiciones en materia penal que hacen más desventajosa la situación jurídica a la persona por tener sentencia en firme o por haber cumplido pena por un delito en el pasado. La Corte Constitucional en la Sentencia C-181 de 2016 aborda la problemática que genera la figura de la reincidencia frente al principio del *non bis in idem*, declarando exequible una disposición que contiene esta figura jurídica a modo de agravante de la pena de multa por considerar de manera incorrecta que no vulnera dicho principio constitucional. Sin embargo, es posible sostener que el principio constitucional de dignidad humana se contrapone a la argumentación que hace la Corte Constitucional en dicha sentencia sobre la figura jurídica de la reincidencia basada en el fin resocializador de la pena, debido a que al afirmar que las personas condenadas tienen la obligación de contribuir en su proceso de resocialización, se presupone la existencia de una medida coactiva del Estado tendiente a perfeccionar a los individuos, esto desconoce la autonomía de la voluntad del ser humano y su posibilidad de autodeterminarse moralmente.

En otras palabras, ello representa una imposición externa de valores y por lo tanto una transgresión a la autonomía moral, lo que en últimas es una razón más de invalidez de esta figura jurídica a la luz de preceptos garantistas del derecho penal liberal de acto que promueve el ordenamiento penal colombiano. Por consiguiente vale la pena revisar si esto constituye un límite a la libertad de configuración normativa del legislador colombiano a la hora de ejercer el *ius puniendi*, ya que se desconoce los alcances transversales del principio de dignidad humana en estos casos.

DIGNIDADE HUMANA, REINCIDÊNCIA E RESSOCIALIZAÇÃO EM COLÔMBIA

RESUMO

Este artigo busca delimitar os conceitos jurídicos de reincidência, dignidade humana e ressocialização no âmbito do direito constitucional e penal, para logo examinar o alcance jurídico da Sentença C-181 de 2016 da Corte Constitucional colombiana que declarou a constitucionalidade de um agravante que duplica a multa como sanção penal, quando a pessoa já foi condenada por delitos dolosos ou preterintencionais. De fato, analisa-se a relação da figura jurídica da reincidência e as obrigações em dupla via do fim ressocializador da pena frente ao princípio constitucional da dignidade humana no ordenamento jurídico colombiano, com a finalidade de fixar uma postura crítica frente à declaração da exequibilidade (constitucionalidade) da reincidência como circunstância de agravação punitiva.

Palavras-chave: dignidade humana; reincidência; ressocialização; agravante; jurisprudência constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

CASCO, Natalia Acosta. **Tratamiento de la reincidencia y de la habitualidad en la jurisprudencia nacional.** Montevideo: Informe final. 2002.

CASTRO, Jason Alexander Andrade; BOTERO, Luisa Fernanda Caldas; MARTINS, Orlando Humberto De La Vega. Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias del autor al partícipe. **Derecho penal y Criminología**, Vol. 25, n. 75, p. 111-133. 2004.

HOLGUÍN, Diana Patricia Arias. Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. **Revista de Derecho**, n. 38, pp. 142-171. 2012.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Luis Ruiz. **Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos.** Barcelona: Ariel. 1996.

BAUCELLIS I LLADÓS, Joan. **La delincuencia por convicción.** Valencia: Tirant lo Blanch. 2000.

RAMÍREZ, Jei Alanis Bello; GALLEGO, Germán Parra. Cárceles de la muerte: necropolítica y sistema carcelario en Colombia. **Universitas humanística**, n. 82, p. 365-391. 2016.

BERLIN, Isaiah. **Dos conceptos de libertad.** Oxford. 1958.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador.** 3. ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007.

BERNATE OCHOA, Francisco. La reincidencia como circunstancia agravante de la pena: análisis de la Sentencia C-181 de trece de abril de 2016. **Cuadernos de Derecho Penal**, n. 17, 2016. p. 171-219.

BERIAIN, Iñigo de Miguel. La dignidad humana, fundamento del Derecho. **Boletín de la facultad de Derecho**, n. 27, 2005. p. 325-356.

BETTIOL, Giuseppe. **Derecho penal Parte general.** Tradução de José León Pagano. Bogotá: Temis. 1965.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal Parte general.** Tradução de José Ortega Torres; Jorge Guerrero. Vol. 2, 2. ed., Bogotá: Temis, 1973.

CARRARA, Francesco. **Opúsculos de derecho criminal.** Tradução de José Ortega Torres; Jorge Guerrero. Vol. 2, Bogotá: Temis. 1976.

CERVINI, Raul. El derecho penal de enemigo y la inexcusable vigencia del principio de

la dignidad de la persona humana. **Revista de Derecho**, n. 5, p. 27-50. 2010.

CHÁVEZ VARGAS, Jaime Raúl. **La justicia indígena: la reincidencia en los delitos contra la propiedad**. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar. 2016.

COFRÉ PÉREZ, Leonardo. Idas y vueltas de la reincidencia en América Latina: estado de la normatividad en Argentina, Colombia, Perú y Chile. **Revista electrónica debates penitenciarios**, n. 16, p. 3-18. 2011.

CONSTANT, Benjamin. **Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos**. Tradução de Carlos Patiño Gutiérrez. Libertades. 2013. p. 1-13.

COPETTI NIETO, Alfredo; FERNANDES MOTTA, Luciano. Elementos filosóficos sobre el derecho constitucional contemporáneo: los fundamentos del principio jurídico de la dignidad humana entre la razón práctica kantiana y el mundo práctico de Heidegger. **Revista latina de sociología**, n. 3, 2013. p. 75-93.

CRISAFULLI, Vezio. Disposición y norma. POZZOLO, Susana; ESCUDERO, Rafael (ed.). Disposición vs norma. Lima, Perú: Palestra. 2011. p. 67-109.

CRUZ, Luis. **La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo**. Granada: Comares. 2005.

CRUZ MAHECHA, Diego Enrique; RESTREPO PIMENTA, Jorge Luis. **La dignidad de la persona humana, su papel en la conformación del Estado Social de Derecho y en el ejercicio de la función constituyente y legislativa**. *Advocatus*, Vol. 13, n. 26, p. 253-261. 2016.

ALMEIDA, Debora de Sousa de. Entre vigência e validade: o instituto de reincidência numa análise hermenêutico-constitucional e axiológico-garantista. **Panóptica**, Ano 4, No. 20, p. 71-91. 2011.

DONNA, Edgardo; IUVARO, María José. **Reincidencia y Culpabilidad Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal**. Buenos Aires: Astrea. 1984.

DORN GARRIDO, Carlos. La dignidad de la persona: límite a la autonomía individual. **Revista de Derecho**, n. 26, 2011. p. 71-108.

DURAN, Mario Migliardi. Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la constitución en el sistema penal. **Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales**, Vol. 6, n. 11, 2011. p. 142-162.

ENDICOTT, Timothy. La vaguedad en el Derecho. Tradução de Alberto Del Real Alcalá. Derechos y libertades: **Revista del instituto de Bartolomé de las Casas**, Año 8, n. 12, 2003. p. 179-189.

ENDICOTT, Timothy. **El derecho es necesariamente vago**. Tradução de Alberto Del Real Alcalá; Juan Vega Gómes. Madrid: Dykinson. 2007.

CARRASQUILLA, Juan Fernandes. **Derecho penal Parte general Principios y cate-**

- gorías dogmáticas.** Bogotá: Grupo editorial Ibáñez. 2013.
- CARRASQUILLA, Juan Fernandez. **Concepto y límites del derecho penal Introducción al derecho penal actual y nociones sobre justicia transicional, perdón y reconciliación.** Bogotá: Temis. 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón Teoría del garantismo penal.** Tradução de Andrés Ibañes; Alfonso Ruiz; Juan Bayón; Juan Terradillos; Rocío Cantarero. Madrid: Trotta. 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho.** Tradução de Gerardo Pisarello; Alexei Estrada; José Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000.
- FERRI, Enrique. **Principio de derecho criminal Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia.** Tradução de Jose-Arturo Rodríguez Muños. Madrid: Reus. 1933.
- FERRI, Enrique. **Sociología criminal.** Tradução de Jose-Arturo Rodríguez Muños. Tomo I, México, D.F.: Edigráfica S.A. 2004.
- GAROFALO, Raffaele. **Criminología Estudio del delito y sobre la teoría de la represión.** Tradução de Pedro Dorado Montero. Madrid: Imprenta de la compañía de impresores y libreros. 1890.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Introducción a la parte general del derecho penal español.** Madrid: Universidad Complutense. 1979.
- MARTÍNEZ, Diego León Gómez. **El principio de inmediatez en la acción de tutela: análisis metajurisprudencial.** Medellín: Biblioteca jurídica Dike/Universidad Santiago de Cali. 2017.
- MARTÍN, Victor Gómez. **El derecho penal de autor desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de derecho penal de varias velocidades.** Valencia: Tirant lo Blanch. 2007.
- PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de derecho penal. **Derecho penal y Criminología**, Vol. 32, n. 93, 2011. p.27-42.
- GORDILLO, Lourdes Álvarez-Valdés. ¿La autonomía, fundamento de la dignidad humana?. **Cuadernos de bioética: revista oficial de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica**, Vol. 19, n. 66, 2008. p. 237-253.
- GUASTINI, Ricardo. **Derecho dúctil, Derecho incierto.** Anuario de filosofía del derecho, Vol. 8, 1996. p. 111-123.
- GUASTINI, Ricardo. **Distinguiendo Estudios de teoría y metateoría del Derecho.** Barcelona: Gedisa, 1999.
- GUASTINI, Ricardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional.** Tradução de Miguel Carbonell; Pedro Salazar. Madrid: Trotta. 2010.

- HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma. 2003.
- HABERMAS, Jürgen. El Concepto de Dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. **Diánoia**, Vol. 55, n. 64, 2010. p.3-25.
- HART, Herbert. **El concepto de Derecho**. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1998.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal general Parte general Fundamentos y teoría de la imputación**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo Madrid: Marcial Pons. 1995.
- JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Melía e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas. 1996.
- JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Tradução de Manuel Cancio Melía. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 1998.
- JAKOBS, Günther. Dogmática del derecho penal y configuración normativa de la sociedad. Tradução de Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas. 2004.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas. 2003.
- JERICÓ OJER, Leticia. **El conflicto de conciencia ante el derecho penal**. Madrid: La Ley. 2007.
- ASUÁ, Luis Jiménez de. **Principios de derecho penal La ley y el delito**. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1997.
- KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. Tradução de Adela Cortina e Jesús Collin Sancho. Bogotá: Rei andes. 1989.
- KANT, Immanuel. Crítica a la razón práctica. Tradução de José Rovira Armengol. Buenos Aires: Losada. 2003.
- KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Tradução de Manuel García Morente. San Juan de Puerto Rico: Pedro M. Rosario Barbosa. 2007.
- KELSEN, Hans. **Teoría del Derecho**. Tradução de Roberto Vernengo. México D.F.: Universidad Autónoma de México. 1982.
- Noriega, María Lacalle. **La persona como sujeto de Derecho**. Madrid: Dykinson. 2013.
- LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos. **Del Estado liberal al Estado constitucional**. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana. *Dikaion*, Año 23, n. 18, 2009. p. 247-267.
- LATAGLIATA, Ángel Rafael. **Contribución al estudio de la reincidencia**. Tradução de Carlos Tozzini. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1963.

- LOMBROSO, Cesar. **Los criminales**. Barcelona: Centro Editorial Presa. 1943.
- MEDINA, Diego Eduardo López. **El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial**, Bogotá D.C.: Universidad de los Andes. 2006.
- LÓPEZ, Cuadrado. El hombre frente al derecho penal en un Estado Social de Derecho. **Revista de Derecho**, n. 16II, 2001. p. 144-161.
- PEÑA, Diego-Manuel Luzón. **Curso de derecho penal Parte general**. Madrid: Universitas. 2004
- PEÑA, Diego-Manuel Luzón. **Manuales Lecciones de derecho penal Parte general**. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch. 2012.
- NINO, Carlos Santiago. **Los límites a la responsabilidad penal, Una teoría liberal del delito**. Buenos Aires: Astrea. 1980.
- NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos Un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea. 1989.
- NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional**. Buenos Aires: Astrea. 1992.
- ALZUETA, Luis Fernando Niño. **La ideología de la defensa social y la expansión del Derecho penal**. Serta: Alexandri Baratta; Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. 2004. p. 1095-1104.
- LEIVA, Jose Ignacio Núñez. Un análisis abstracto del Derecho Penal de Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. **Política Criminal**, Vol. 4, n. 8, 2009. p. 383-407.
- PACHECO, Vanessa Nuñez. **Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercancía Controversias y soluciones**. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación editora nacional. 2013.
- MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho penal El delito. La pena. Medidas de seguridad y sanciones civiles**. 2. ed., Vol. 2, Bogotá: Temis. 1989.
- ZAMORA, Antonio Martínez de. La reincidencia. **Anales de la Universidad de Murcia**, Vol. 28, n. 1 al 4. 1971. p. 5-216.
- ESPINOSA, Luisa Fernanda Martínez; CUERVO, Juan José Peña; CUERVO, Luis Alejandro Peña. La reincidencia en el derecho penal colombiano: análisis de la Sentencia c-181 de 2016 de la corte constitucional. **Revista de Derecho Público**, n. 37, 2016. p. 1-24.
- MANILI, Pablo. **Teoría constitucional Concepto de Constitución. Interpretación constitucional. Las tensiones y las nulidades en el derecho constitucional. Límites al poder constituyente. El rol de los tribunales supremos. El derecho procesal constitucional**. Argentina: Hamurabi. 2014.

GERCÍA, Sahiet MEZA. La cárcel a la luz de los derechos humanos: análisis de límites al poder punitivo estatal legítimo. **Revista logos ciencia y tecnología**, Vol. 6, n. 1, 2014. p. 30-47.

MILL, John Stuart. **Sobre la libertad**. Tradução de Josefa Sainz Pulido. Buenos Aires: Aguilar. 1962.

FERNÁNDEZ, Fernando Molina. **La cuadratura del dolo**: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2007.

MORESO, José Juan. **La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997.

CONDE, Francisco Muñoz. La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito, Antón Oneca, José (Ed.). **Estudios Penales**, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. 1982. p. 387-399.

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho penal y control social**. 2. ed. Bogotá D.C.: Temis. 2004.

CONDE, Francisco Muñoz; ARAN, Mercedes García. **Derecho penal Parte general**. 8. ed., Valencia: Tirant lo Blanch. 2010.

LÓPEZ, María Fernanda Ossa. Aproximaciones conceptuales a la reincidencia penitenciaria. **Revista Ratio Juris**, Vol. 7, n. 14, 2012. p. 113-140.

PASUKANIS, Evgeni. **Teoría del Derecho y marxismo**. Tradução de Virgilio Zapatero. Barcelona: Labor. 1976.

PELÉ, Antonio. **Filosofía e historia en el fundamento de la dignidad humana**. Tesis de doctorado, Universidad Carlos III de Madrid. 2006.

PERALTA, José Milton. **Motivos reprochables Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el derecho penal liberal**. Madrid: Marcial Pons. 2012.

VILLANUEVA, Raúl Plascencia. **Teoría del delito**. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. 2004.

RODRÍGUEZ, Leopoldo Puente. Fundamento dogmático de la agravación por reincidencia. **Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid**, n. 26, 2013. p. 183-204.

PEÑA, Federico Puig. Derecho penal Parte general. Tomo 2, 4. ed., Madrid: **Revista de Derecho privado**, 1955.

RADBRUCH, Gustav. Der Überzeugungsverbrecher, en ZStW, Bd. 44, Berlin und Leipzig: **Walter de Gruyter**, 1924. p. 34-38.

RANIERI, Silvio. **Manual de derecho penal, Parte general El delito. Los sujetos. Los medios de defensa del derecho**. Tradução de Jorge Guerrero. Tomo II, Bogotá: Temis. 1975.

VILLANUEVA, Gilberto Ramírez; CUDRIZ, Carlos Eduardo Meneses. Consideraciones sobre la dignidad humana en el ámbito del derecho penal y del procedimiento penal acusatorio. **Advocatus**, edición especial, n. 14, 2010. p. 89-105.

RAWLS, John. **Teoría de la Justicia**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 2006.

ROLLA, Giancarlo. El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las constituciones iberoamericanas. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 6, 2002. p. 463-490.

ROXIN, Claus. **Derecho penal Parte general Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña; Manuel Díaz y García Calendo e Javier de Vicente Remesal. Tomo I, Madrid: Civitas. 1997.

FERNANDES, Jaime Sandoval. Causales de Ausencia de responsabilidad penal. **Revista de Derecho**, n. 19, 2003. p. 1-18.

CUÉLLAR, Kenny Dave Sanguino; ANGARITA, Eudith Milady Baene. La resocialización del individuo como función de la pena. **Revista Academia & Derecho**, n. 12, 2016. p. 1-30.

SARTRE, Jean-Paul. **El existencialismo es un humanismo**. Tradução de Victoria Praci de Fernández. Barcelona: Edhasa. 2009.

SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística general**. Tradução de Amado Alonso. 24. ed., Buenos Aires: Losada. 1945.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal**. Bogotá: Universidad Santo Tomás de Colombia. 2007.

SERNA, Yolanda María. **La dignidad humana (art. 1 del Código Penal colombiano) como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal**. Tesis maestría. Universidad Eafit. 2013.

SÁNCHEZ, Jesús María Silvia. **Política criminal y persona**. Buenos Aires: Ad-hoc S. R. L. 2000.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Fundamentos técnico-jurídicos da reincidencia no modereno direito penal. **Revista do Centro Académico Afonso Pena**, n. 1, 1998. p. 15-53.

ACOSTA, Juan Oberto Sotomayor; ARBOLETA, Fernando León Tamayo. Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano. **Revista de Derecho**, n. 48, 2017. p. 21-53.

PATIÑO, Fernando Javier Tamayo. Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximaciones a una fundamentación. **Revista nuevo foro penal**, Vol. 8, n. 79, 2012. p. 13-31.

TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la ley**. Tradução de Diego Dei Vecchi.

Lima: Palestra. 2013.

TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho penal. Tradução de Luis Arroyo Zapatero. **Revista española de Derecho constitucional**, Año 11, n. 33, 1991. p. 145-171.

FERNANDES, Gladys Tinedo. Reflexiones sobre el sentido de la pena. **Capítulo criminológico**, Vol. 36, n. 4, 2008. p. 27-50.

TOCORA, Fernando. La personalidad y el derecho penal de autor. **Capítulo criminológico**, Vol. 33, n. 2, 2005. p. 173-185.

TORO, María Cecilia. **La pena de prisión en busca de sentido. El fin de la pena privativa de libertad en los albores del siglo XXI**. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca de España. 2013.

MARTÍNEZ, José Joaquín Urbano. El Derecho penal del Estado Constitucional de Derecho. LÓPEZ DÍAZ, Claudia (comp.). *In: Comentarios a los códigos penal y de procesamiento penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002. p. 13-42.

VELÁSQUEZ, Fernando. **Manual de derecho penal**. 2. ed., Bogotá: Temis. 2004.

VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal**, México. D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México/Universidad de Valparaíso de Chile. 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal Parte general**. Tomo 5, Buenos Aires: Ediar. 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reincidencia. Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal. Caracas: Monte Ávila Editores. 1992. p. 117-131.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Humanitas en el derecho penal. Anacronismo e irrupción Justicia en la teoría y filosofía política clásica y moderna**. Vol. 1, n. 1, 2012. p. 192-212.

ZAMORA-ACEVEDO, Miguel. **El problema de la reincidencia: un vestigio etiológico del delito**. Acta Académica. n. 32, 2013. p. 325-350.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Mariana Gascón. 6. ed., Madrid: Trotta. 2005.

AYALA, Karen Zape; SALAZAR, Mario Arboleda. Condiciones de las teorías de la pena que permiten la prevención de conductas punibles en marco del posconflicto armado en Colombia. **Revista Verba Iuris**, n. 38, 2017. p. 143-154.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-131 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-060 de 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-179 de 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-221 de 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-586 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-037 de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-261 de 1996.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-656 de 1996.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-239 de 1997.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-309 de 1997.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-184 de 1998.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-010 de 2000.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1212 de 2001.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-205 de 2003.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-252 de 2003.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-062 de 2005.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-591 de 2005.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-355 de 2006.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-040 de 2006.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-077 de 2006.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-026 de 2016.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-425 de 2008.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-397 de 2010.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-122 de 2011.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-592 de 2012.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-435 de 2013.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-143 de 2015.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-181 de 2016.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-003 de 2017.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-049 de 1999.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-293 de 1994.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-153 de 1998.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-606 de 1998.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-530 de 1999.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-256 de 2000.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-257 de 2000.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-847 de 2000.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1291 de 2000.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1077 de 2001.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-157 de 2002.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-881 de 2002.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1030 de 2003.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1096 de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-266 de 2013.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-388 de 2013.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-815 de 2013.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-861 de 2013.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-195 de 2015.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-762 de 2015.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-151 de 2016.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-013 de 2016.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-276 de 2016.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-020 de 2017.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-143 de 2017.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-182 de 2017.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-193 de 2017.
CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-197 de 2017.
CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 jul.1988, Serie C n. 4.
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Proceso n. 31568 del 28 oct. 2009, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Proceso n. 45927 del 26 ago. 2015, Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier.
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Casación Penal, Proceso 25629 del 26 mar. 2007.

**VENDA PROIBIDA
IMPRESSO COM
RECURSOS PÚBLICOS**



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Rua Assunção 1.200 - José Bonifácio, Fortaleza-CE
CEP: 60.050-011 - Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713
www.mpce.mp.br/institucional/esmp