

Ano 9 - Nº 2  
jul./dez. 2017

Publicação Semestral  
ISSN 2176-7939

# Revista Acadêmica

Escola Superior do Ministério  
Público do Ceará



**MPCE**  
Ministério Público  
do Estado do Ceará



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

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





**MPCE**  
Ministério Público  
do Estado do Ceará



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

# Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará

Ano 9, nº 2  
(jul./dez. 2017)

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo – CRB3 1162

Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará – Ano 9, nº2 (Jul./Dez. 2017) – Fortaleza: PGJ/ESMP/CE, 2017.

Semestral  
ISSN 2176-7939

Disponível também em versão eletrônica:  
[https: http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp/revista-eletronica/](http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp/revista-eletronica/)

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

CDD 340

E-mail: [revistaacademica.esmp@mpce.mp.br](mailto:revistaacademica.esmp@mpce.mp.br)

# Expediente

## Procurador-Geral de Justiça

Plácido Barroso Rios

## Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público

Manuel Pinheiro Freitas

### Diretoria de Ensino

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

### Diretoria Administrativo-Financeira

Lise Alcântara Castelo

### Editor-Chefe

Enéas Romero de Vasconcelos (Brasil)

### Conselho Editorial

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

André Mauro Azevedo

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

Ednéa Teixeira Magalhães

Emerson Garcia

Luciana Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Antônio Abrantes Pequeno

Manuel Lima Soares Filho

Manuel Pinheiro Freitas

Mark Vlasic

Nicholas Cowdery

Rasmus Wandall

Sílvio Marques

Vladimir Aras

Vladimir P. Zimin

### Corpo de Pareceristas

Alexandre de Oliveira Alcântara

André Araújo Barbosa

André Luiz Tabosa de Oliveira

André Zech Sylvestre

Cassius Guimarães Chai

Claude Girard

Douglas Fscher

Hugo Vasconcelos Xerez

Landolfo Andrade

Luis Jorge Cevasco

Luiz Alexandre Cirilo P. M. Cogan

Marcelo Mendroni

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Maria Carolina Beraldo

Maria Valeria Massaglia

Mark Leyll

Marina Matic Boskovic

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Nestor Alexandre Souza Júnior

Sergiy Nizhynskyi

### Apoio Técnico

Richardson Macedo de Carvalho

### Secretaria

Kelviane Sombra Lima

### Biblioteca

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo

CRB3 – 1162

### Projeto gráfico e diagramação

Everton Viana - CE 01799 DG

Periodicidade semestral

Resumo em português e inglês ou espanhol



**MPCE**  
Ministério Público  
do Estado do Ceará



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

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

Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713

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

# Sumário

APRESENTAÇÃO .....08

## **ARTIGOS NACIONAIS:**

DEPOIMENTO SEM DANO E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.431/2017

*Anna Gesteira Bäuerlein Lerche Valsani*

*Izabella Drumond Matosinhos..... 11*

AS POSSÍVEIS DECISÕES DO PROMOTOR DE JUSTIÇA CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS DA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO DE NOTÍCIA DE FATO CRIMINAL, REGULADO PELAS RESOLUÇÕES CNMP N. 181/2017 E CSMP/AM N. 006/2015

*Alessandro Samartin de Gouveia*

*Christianne Corrêa.....33*

A VALORAÇÃO DOS ATOS INFRACIONAIS NA DOSIMETRIA DA PENA

*Aureliano Rebouças Júnior*

*Rafaela Pacheco Nunes.....47*

A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: PREVENÇÃO DE FALHAS E EFETIVIDADE NOS RESULTADOS

*Claudia Lucio de Medeiros.....69*

O PAPEL DAS NORMAS DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA NA AUTONOMIA ESTADUAL

*Eduardo Rocha Dias*

*Ana Cristina Viana Loureiro Gonçalves.....85*

A INTERFACE ENTRE AS DEMANDAS COLETIVAS E AS DEMANDAS INDIVIDUAIS QUE GERAM REPERCUSSÕES COLETIVAS: ANÁLISE DAS AÇÕES INDIVIDUAIS COM EFEITOS COLETIVOS E AS AÇÕES PSEUDOINDIVIDUAIS

*Fabrcio Rocha Bastos..... 107*

O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA À REQUISIÇÃO EMANADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM INQUÉRITO CIVIL E A RESPONSABILIDADE PENAL DO PREFEITO MUNICIPAL

*Flávio Eduardo Turessi*..... 127

DIREITO PENAL ECONÔMICO E A OPERAÇÃO LAVA-JATO

*Lino Edmar de Menezes*..... 147

DECISÃO JUDICIAL E CUSTOS DOS DIREITOS: A UTILIZAÇÃO DA VARIÁVEL ECONÔMICA NA CONSTRUÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL

*Pedro Henrique Azevedo Lopes Ferreira*

*Rebeca Costa Gadelha da Silveira*..... 157

O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA NO ÂMBITO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES?

*Raimundo Evandro Colaço Filho*..... 179

### **ARTIGOS INTERNACIONAIS:**

VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL CÓDIGO PENAL

*Esp. Dimas a. Herrera Gandol*..... 201

INAPLICABILIDAD DE LA PROBATION COMO RESPUESTA PENAL FRENTE A LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

*Fernando M. Rodrigo*

*Jessica R. Gimenez*..... 213

TOWARDS A COMPREHENSIVE PROSECUTION SERVICE IN ETHIOPIA: NOTING THE NEW DEVELOPMENTS

*Leake Mekonen Tesfay*..... 237

EL PARADIGMA DEL FISCAL LATINOAMERICANO DESAFÍOS DE LA JUSTICIA: JUSTICIA VERSUS SEGURIDAD JURÍDICA

*Miguel Angel Villalobos Caballero*..... 263

# Depoimento Sem Dano e as Inovações Trazidas Pela Lei N° 13.431/2017<sup>1</sup>

*Anna Gesteira Bäuerlein Lerche Valsani<sup>2</sup>*

*Izabella Drumond Matosinhos<sup>3</sup>*

## RESUMO

A prática de crimes violentos, principalmente sexuais, atinge grande camada da população brasileira e, em especial, crianças e adolescentes, em regra, pessoas mais vulneráveis a este tipo de violência. A maneira como tem sido tomado o depoimento dessas crianças e adolescentes, em ambientes desconhecidos (delegacia ou sala de audiência judicial), sem que haja preparo técnico dos operadores do direito, traz maiores danos àqueles, causando a chamada revitimização secundária ou violência institucional, em que a vítima ou testemunha revive toda a situação de violação já experimentada. Há muito tempo, tem-se pensado em formas de propiciar esses depoimentos, que, muitas vezes, são a única fonte de prova, sem provocar tais efeitos danosos. A Lei nº 13.431/2017 sistematizou, pela primeira vez, os institutos da escuta especializada e do depoimento especial, sendo, portanto, importante avanço para o ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>1</sup> Data de recebimento: 28/11/2017. Data de aceite: 19/01/2018.

<sup>2</sup> Membro do Ministério Público do Estado do Ceará. Promotora de Justiça titular da Promotoria de Justiça de Paracuru. Bacharel em Direito pela Universidade de Sorocaba-SP (UNISO). Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Potiguar (UNP). E-mail: anna.valsani@mpce.mp.br

<sup>3</sup> Membro do Ministério Público do Estado do Ceará. Promotora de Justiça titular da 3ª Promotoria da Comarca de Morada Nova, pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: izabella.drumond@mpce.mp.br

**Palavras-chave:** *Criança e Adolescente. Proteção Integral. Vitimização Secundária. Escuta Especializada. Depoimento Especial.*

## 1 INTRODUÇÃO

A violência, em todas as suas formas, contra a criança e o adolescente é um fenômeno de extrema gravidade, muitas vezes socialmente aceito, que pode gerar diversas consequências que ultrapassam os danos puramente físicos.

De acordo com os últimos dados do balanço das denúncias de violação de direitos humanos, feitas através do Disque 100, divulgados pela Secretaria dos Direitos Humanos<sup>4</sup>, 56,6% das denúncias recebidas em 2016 são relativas à violência contra a criança e o adolescente, seja ela psicológica, física e sexual.

Os números ainda revelam que 57% das denúncias feitas pelo Disque 100 são relacionadas a algum tipo de violação de direito de crianças e adolescentes.

Embora causem certo impacto, esses dados ainda podem representar apenas uma parte da realidade, já que parcela considerável das violações não é descoberta por meio de denúncias realizadas pelo disque 100, mas por órgãos de proteção da criança e do adolescente localizados nos municípios, como Conselho Tutelar, CREAS, Delegacia de Polícia, Ministério Público, entre outros.

Têm sido cada vez mais frequentes estudos que demonstram que pessoas que experimentam situação de violência, seja como vítima ou testemunha, podem sofrer algum tipo de trauma que traz consequências para o resto de suas vidas.

Por outro lado, em regra, em crimes que envolvem violência contra a pessoa, o depoimento das vítimas e testemunhas têm especial valor probatório, sendo praticamente impossível descartá-lo como meio

---

<sup>4</sup> Disponível em <http://www.mdh.gov.br/disque100/balancos-e-denuncias/balanco-disque-100-2016-apresentacao-completa/>

de prova, a despeito dos danos eventualmente gerados.

Dessa forma, necessário se faz a criação de mecanismos que preservem a produção da prova testemunhal, e busquem minorar os agravos sofridos por quem foi vítima ou testemunha de crime violento. E, em se tratando de criança e adolescente, que se encontram em condição peculiar de desenvolvimento, o cuidado deve ser redobrado.

Como é cediço, o sistema da proteção integral da criança e do adolescente encontra-se bem consolidado, ao menos em tese, no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente são os responsáveis pela previsão da proteção integral e, em consequência, de amplo leque de direitos materiais das crianças e dos adolescentes no direito brasileiro.

No entanto, havia uma lacuna processual de mecanismos de proteção de vítimas e testemunhas infantojuvenis de crimes praticados mediante violência, razão pela qual foi promulgada a Lei 13.431/17, visando cumprir obrigação assumida pelo Brasil na Convenção dos Direitos da Criança e nos Protocolos Adicionais, em especial, o que tratou da venda, exploração e pornografia de criança.

Dentre outras inovações, foram trazidos pela lei em comento mecanismos processuais para a garantia dos interesses dos menores que precisam ser ouvidos durante a persecução criminal de delito violento.

Assim, diante da recente promulgação da Lei 13.431/17 e da sua iminente vigência<sup>5</sup>, foi feito o presente trabalho, que tem como objetivo geral analisar os novos institutos trazidos pelo diploma legal e debater o tema, contribuindo para discussão teórica e prática da matéria.

Acredita-se que esses institutos podem ser extraídos da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, e que vêm preencher o espaço que havia na legislação menoril, ao prever expressamente

---

5 A Lei nº 13.431/2017 foi publicada no dia 05 de abril de 2017, no entanto, só entrará em vigor a partir do dia 06 de abril de 2018.

mecanismos processuais específicos de proteção de vítimas e testemunhas de crimes violentos.

Para a realização do presente trabalho e discussão do tema proposto, foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, por meio da investigação realizada em livros, artigos e jurisprudência acerca do tema.

Dessa forma, no primeiro capítulo, discorreremos sobre a proteção integral da criança e do adolescente, doutrina que fundamenta todo o sistema de defesa infanto-juvenil e, assim, embasou a elaboração da lei em questão. No segundo capítulo, foram trazidos alguns princípios específicos da disciplina menoril relacionados, não só à lei em esboço, mas à própria doutrina da proteção integral.

Já no terceiro capítulo, a Lei 13.431/17 foi o objeto propriamente dito do estudo, tendo sido feita uma breve análise dos antecedentes legais, dos destinatários da lei, as formas de violência e dos direitos e garantias específicos por ela trazidos, dentre eles a escuta especializada e depoimento especial.

Ao final, concluímos sobre a importância dos novos institutos trazidos pela lei, não só como forma de evitar a revitimização de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, mas como meio de produção de prova, de acordo com o devido processo legal.

## **2 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL**

A doutrina da proteção integral, inspirada na Convenção dos Direitos da Criança e adolescente, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988.

Pela primeira vez o ordenamento jurídico constitucional impôs ao legislador infraconstitucional o dever de tratar a criança e o adolescente como sujeitos de direito, e não mais como meros objetos de intervenção dos adultos.

Segundo Andrea Rodrigues Amin (2014), a doutrina da proteção

integral rompe o padrão até então estabelecido e absorve os valores previstos na Convenção dos Direitos da Criança. É a primeira vez que crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano. Passamos, assim, a ter um Direito da Criança e do Adolescente, que é amplo, abrangente, universal e, acima de tudo, exigível, substituindo o chamado Direito do Menor, até então vigente.

Assim, em apertada síntese, pode-se afirmar que a proteção integral do menor em desenvolvimento nada mais busca do que garantir a efetividade dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, como saúde, educação, convivência social, lazer, liberdade, profissionalização, entre outros.

Sobre o tema, Andrea Rodrigues Amin escreveu com maestria:

Regulamentando e buscando dar efetividade à norma constitucional, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, microsistema aberto de regras e princípios, fundado em três pilares básicos: 1) criança e adolescente são sujeitos de direito; 2) afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e, portanto, sujeito a uma legislação especial; 3) prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais. (Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos teóricos e práticos, 2014, p. 53).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com o art. 227, da Constituição Federal, também previu, de forma expressa, a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. Nesse sentido, encontra-se a redação do art. 3º, senão vejamos:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Por meio deste dispositivo, podemos perceber que o Estatuto bus-

ca prever e disciplinar uma gama de instrumentos jurídicos de tutela da criança e do adolescente, que não se esgota, necessariamente, em seus dispositivos. A utilização da expressão, *sem prejuízo da proteção integral*, permite inferir que é possível a criação de outros diplomas legislativos ou atos normativos, que assegurem pleno desenvolvimento e dignidade às crianças e adolescentes.

Prova disso é que o direito ao respeito, do qual se origina o dever de cuidado do Poder Público e da sociedade em relação às crianças e adolescentes, e é um dos fundamentos da lei aqui tratada, foi previsto no art. 15 do ECA, e não no art. 3º, podendo-se afirmar que mesmo que não houvesse tal previsão seria possível extraí-la através de uma interpretação sistemática de toda a legislação infanto-juvenil.

Entretanto, era necessário dar concretude à proteção integral, razão pela qual, o Estatuto previu a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, das três esferas federativas, por meio de políticas sociais básicas e especiais (art. 86, ECA).

Dessa forma, foi colocado, expressamente, como linha de ação da política de atendimento, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão (art. 87, III).

É dentro deste contexto que se insere a Lei nº 13.431/17, que apresenta, pela primeira vez, mecanismos processuais de proteção e prevenção de maiores danos às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.

No entanto, antes de adentrarmos nos mecanismos específicos trazidos pela lei, necessária se faz uma breve passagem pelos princípios que regem o direito infantojuvenil.

### **3 PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

#### **3.1 Princípio da prioridade absoluta**

Está previsto pelo art. 227, da Constituição Federal, e pelos artigos 4º e 100, parágrafo único, II, ambos do ECA, que estabelecem a preferência que deve se dar aos interesses da criança e do adolescente, qualquer que seja o cenário (judicial, administrativo, social etc).

A expressão absoluta prioridade impõe assim um dever que recai sobre a família e sobre o poder público de priorizar o atendimento aos direitos infantojuvenis.

A prioridade absoluta está intimamente ligada à proteção integral. Na verdade, pode-se afirmar que o seu objetivo é realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais assegurados pelos diplomas legislativos.

O parágrafo único do art. 4º do ECA, traz o seguinte conteúdo mínimo à ideia de prioridade absoluta:

- Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
  - b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
  - c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
  - d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Fala-se em conteúdo mínimo, pois não estamos diante um rol taxativo, mas de norma de conteúdo aberto, sendo sempre possível ampliar o seu alcance como forma de atingir a proteção integral.

Dessa forma, a família, a sociedade e o Estado devem observar a prioridade absoluta dos interesses do menor, qualquer que seja a área em que estejam inseridos. Aqui está compreendido o dever do

Poder Público de garantir a eficácia dos direitos previstos no art. 227, da Constituição Federal, e no art. 4º, do Estatuto.

Ao Poder Legislativo, na qualidade Poder Público, também cabe o dever de observância do presente princípio, sendo a edição de leis destinadas à proteção da infância e juventude a manifestação desse dever constitucional.

### **3.2 Princípio do melhor interesse**

Esse princípio configura orientação para o legislador e para o aplicador do direito, traduzindo-se na ideia de que, na análise do caso concreto, deve-se buscar solução que proporcione o maior benefício possível para a criança e o adolescente, ou seja, aquela que dê maior concretude aos seus direitos fundamentais.

Nesse sentido, guarda ligação, quase indissociável, com a doutrina da proteção integral, pois ambos buscam proporcionar a dignidade da pessoa em desenvolvimento.

Para Gustavo Ferraz de Campos Mônico, trata-se “do princípio da dignidade humana aplicada à criança e ao adolescente”.

No entanto, na prática, nem sempre se observa a correspondência ao objetivo legal, não sendo raras as vezes em que soluções técnicas, puramente legalistas, esquecem que o destinatário final da doutrina protetiva é a criança e o adolescente.

Assim, durante anos, crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de violência, foram submetidas a depoimentos constrangedores, por vezes vexatórios, sem que houvesse qualquer preparo ou cuidado para minorar seus efeitos negativos, por conta da preocupação exclusiva com a necessidade de se produzir prova processual.

Cabe ressaltar que não se está propondo a derrogação de normas em nome do princípio do melhor interesse, mas apenas frisar que é dever de todos os aplicadores do direito buscar a materialização deste princípio.

Sendo certo que a referida técnica viola o melhor interesse da criança, e, conseqüentemente, a sua proteção integral, foram necessários 27 anos após a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, para que se propusesse um novo modelo que compatibilizasse a produção de provas e demais garantias processuais (ampla defesa e contraditório) com a dignidade das pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

#### **4 DA LEI 13.431/2017**

##### **4.1 Antecedentes legais**

Muito antes de se pensar o assunto no Brasil, já havia todo um arcabouço internacional de proteção aos direitos da criança e adolescentes vítimas de violência. Assim, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, em seu art. 12, § 2º já garantia o direito da criança ser ouvida e que sua opinião fosse levada em consideração em “todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado em conformidade com as regras processuais da legislação nacional”.

No entanto, faltava um parâmetro para que essa oitiva pudesse ser realizada, sem gerar danos ao depoente. Dessa forma, adotou-se, em 25 de maio de 2000, o Protocolo Facultativo para a Convenção dos Direitos da Criança, promulgado pelo governo brasileiro (BRASIL, 2004), que reconheceu a necessidade de proteção das crianças vítimas e testemunhas em todos os estágios do processo judicial criminal, obrigando o Estado informar sobre seus direitos e o andamento dos processos, considerar suas opiniões, dando-lhe apoio e protegendo sua privacidade e segurança e evitando demora desnecessária nos processos.

Assim, embora configurem inovação processual, essas formas de

oitiva da criança e do adolescente já possuíam amparo legal no art. 28, § 1º, e no art. 100, parágrafo único, ambos do ECA.

No Brasil, o programa “depoimento sem dano” surgiu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por volta do ano de 2003, por iniciativa do então juiz, atualmente Desembargador, José Antônio Daltoé Cezar, tendo sido adotado por diversos outros juízos ao redor do país.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reconheceu a necessidade de um depoimento adaptado à condição da criança, ao editar a Recomendação n. 33/2010 que orienta os tribunais a:

- I – implantarem um sistema de videogravação em ambiente separado da sala de audiências;
- II – realizarem a escuta com profissionais capacitados no uso da entrevista cognitiva;
- III – esclarecerem a criança ou adolescente sobre o motivo e efeito de seu depoimento;
- IV – prestarem apoio e encaminhamentos médicos e assistenciais da vítima e familiares;
- V – garantirem o princípio da atualidade, colhendo o depoimento em tempo mais próximo da data do conhecimento do fato.

A jurisprudência também já chancelava essas formas de relato, sempre em observância à proteção integral do menor, entendendo que a aplicação do instituto, mesmo antes da existência de previsão legal, não configurava caso de cerceamento de defesa ou nulidade processual. Vejamos o caso emblemático julgado pelo STJ:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OITIVA DA VÍTIMA MEDIANTE “DEPOIMENTO SEM DANO”. CONCORDÂNCIA DA DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. 1. Esta Corte tem entendido justificada, nos crimes sexuais contra criança e adolescente, a inquirição da vítima na modalidade do “depoimento sem dano”, em respeito à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, procedimento admitido, inclusive, antes da deflagração da persecução penal, mediante prova antecipada (HC 226.179/RS, Rel. Ministro

JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013). 2. A oitiva da vítima do crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), em audiência de instrução, sem a presença do réu e de seu defensor não inquina de nulidade o ato, por cerceamento ao direito de defesa, se o advogado do acusado aquiesceu àquela forma de inquirição, dela não se insurgindo, nem naquela oportunidade, nem ao oferecer alegações finais. 3. Além da inércia da defesa, que acarreta preclusão de eventual vício processual, não restou demonstrado prejuízo concreto ao réu, incidindo, na espécie, o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, que acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*. Precedentes. 4. A palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, que geralmente são praticados na clandestinidade, assume relevantíssimo valor probatório, mormente se corroborada por outros elementos (AgRg no AREsp 608.342/PI, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 09/02/2015). 5. No caso, além do depoimento da vítima, o magistrado sentenciante, no decreto condenatório, considerou o teor dos testemunhos colhidos em juízo e o relatório de avaliação da menor realizado pelo Conselho Municipal para formar seu convencimento. 6. Recurso ordinário desprovido. STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 45589 MT 2014/0041101-2 Data de publicação: 03/03/2015 [grifei]

Entretanto, por mais que a ideia de “depoimento sem dano” pudessem ser extraída das normas, resoluções e julgados elencados acima, havia necessidade de se sistematizar e trazer caráter pedagógico a tais preceitos em norma legal, o que só foi possível com o advento da Lei 13.431/17.

Assim, a novel legislação veio normatizar e organizar o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, criando mecanismos para prevenir e coibir a continuação desta violência.

## 4.2 Destinatários

Conforme o artigo 1º, da Lei 13.431/17, os destinatários primeiros das medidas nela previstas são as crianças e os adolescentes, observado o critério biológico previsto pela Constituição Federal e pelo ECA.

No entanto, o artigo 3º, parágrafo único, da mesma lei, amplia os instrumentos inovadores de proteção que poderão ser aplicados de forma facultativa aos jovens entre 18 e 21 anos de idade, em consonância ao artigo 2º, parágrafo único, do ECA, e ao Estatuto da Juventude.

Em que pese à maioridade civil e penal seja atingida aos 18 anos de idade, o legislador, observando que nem sempre a maturidade e o discernimento são critérios meramente cronológicos, previu a possibilidade de pessoas entre 18 e 21 anos de idade, serem beneficiadas com os mecanismos de proteção, em conformidade sempre com o princípio da dignidade da pessoa humana.

## 4.3 Espécies de violência

O legislador, buscando uma ampla tutela dos direitos e interesses dos menores vítimas ou testemunhas de crimes praticados mediante violência, resolveu, no artigo 4º, especificar as modalidades de violência, mas não de forma taxativa, a fim de que a proteção aqui buscada não fique limitada a expressões legais.

No inciso I, foi prevista a violência física, definida como aquela que atinja a integridade ou a saúde corporal do menor, ou que lhe cause sofrimento. É a violência que, de alguma forma, ofenda o corpo físico da criança ou do adolescente.

Já no inciso II, foram previstas formas de violência psicológica, sendo consideradas aquelas que afetem o desenvolvimento psíquico e/ou emocional do menor, como a alienação parental e o *bullying*, temas atuais e que são clássicos exemplos de agressão à integridade emocional da criança e do adolescente.

O inciso III trouxe a violência sexual, que pode ser definida como qualquer forma de constrangimento, por meio presencial ou físico, a fim de que o menor pratique ou presencie conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

Por fim, o inciso IV, de forma inovadora, previu a violência institucional, que é a praticada por instituições públicas ou conveniadas, como delegacias de polícia, hospitais, centros de apoio, Judiciário e Ministério Público. Aqui, a violência é praticada justamente por quem tem a atribuição de defesa dos interesses dos menores, mas que, em razão da falta de técnica, acaba gerando a revitimização, que ocorre quando a vítima ou a testemunha são arguidas de maneira que as façam reviver os traumas experimentados no momento do crime, trazendo novamente os sentimentos de angústia e de sofrimento.

#### **4.4 Finalidade**

A Vitimologia é ramo da criminologia, que tem como objeto de estudo as consequências negativas do delito para vítima.

Segundo os estudiosos da Vitimologia, há três dimensões da vitimização, a primária, a secundária e a terciária. A primeira decorre direta e imediatamente da prática do crime, ou seja, é a pessoa diretamente afetada pela infração criminal. Já a última é aquela que decorre do meio social, que acaba estigmatizando a vítima em razão da prática de certo tipo de delito.

A vitimização secundária, que é a que interessa a este estudo, é a que envolve a vítima primária e o Estado, que exerce o poder punitivo e, assim, a persecução criminal. Além de ter sido atingida pelo crime, a vítima primária ainda terá que se recorrer ao Estado para que seja investigado, processado e julgado o autor do delito, significando que ela terá que se dirigir até a delegacia de polícia, se submeter a exame de corpo de delito, se assim o delito exigir, e ser ouvida novamente, em fase processual, perante um juiz, promotor de justiça e advogado.

O legislador, sensível à hipervulnerabilidade das crianças e dos adolescentes vítimas e testemunhas de crimes praticados mediante violência, em razão da já mencionada especial condição dessas pessoas em desenvolvimento, trouxe outros mecanismos de proteção desses menores que precisem ser ouvidos perante autoridades que buscam responsabilizar os autores de delitos.

Conforme visto, a lei em estudo está em plena sintonia com a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção sobre Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, transformando-se em mais um instrumento de proteção integral dos menores que foram vítimas ou presenciaram delitos violentos.

É importante ressaltar que, muitas vezes, o depoimento da vítima é a única fonte de prova, seja por ausência de testemunhas – nos casos em que a violência física ou sexual é intrafamiliar – ou ausência de vestígios – como em alguns crimes sexuais – ou ainda nos casos em que o exame pericial é inconclusivo, em razão do lapso temporal entre a agressão e sua realização.

Assim, o depoimento da vítima torna-se instrumento essencial para a punição do agressor, mas que tem consequências diretas para a própria vítima.

Em recente artigo escrito<sup>6</sup> por Maria Isabel de Matos Rocha, juíza do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, ela faz referência a uma passagem (MORGAN; ZEDNER, 2003, p. 115), que afirma que a responsabilização penal do agressor:

(...) primeiro, valida a experiência, deixando claro que o comportamento do ofensor é inaceitável; segundo, uma persecução exitosa pode ajudar a criança a superar a culpa de que normalmente sofre como resultado do ato pelo qual não é responsável e nos quais foi apenas envolvida por causa de sua vulnerabilidade. Finalmente, pode ajudar a quebrar o ciclo de abuso. Um dos mais importantes fatores para a restauração da saúde mental da criança abusada é

---

<sup>6</sup> Disponível em <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/04/ARTIGO-Depoimento-Especial-MARIA-ISABEL-ROCHA.R5K.pdf>.

de compelir o abusador a assumir responsabilidade pelo que foi feito. Isto apenas pode ser feito se for publicamente reforçada a verdade da palavra da criança, enfatizando que a criança em sentido algum deve ser vista como culpada e veemente se colocar o peso da culpa no ofensor.

A finalidade da lei consiste justamente em preservar o depoimento ou as declarações prestadas em sede administrativa ou em juízo como meio importante de prova, sem que signifique uma extensão dos danos já causados pela ação delituosa, prevendo-se diversos instrumentos de proteção, tais como o depoimento especial e a escuta especializada, como forma de evitar a revitimização (vitimização secundária) de crianças e adolescentes.

#### **4.5 Dos Direitos e garantias específicos**

Diversos foram os mecanismos de proteção trazidos pelo legislador a fim de proteger a integridade psicoemocional do menor em desenvolvimento, que seja vítima ou testemunha de um delito praticado mediante violência.

Todos esses instrumentos, como já mencionado, buscam evitar a revitimização da criança ou do adolescente, em forma de violência institucional, buscando, na medida do possível, minimizar os já deletérios efeitos do delito praticado contra ou na presença do incapaz.

Os direitos e garantias especiais foram previstos, de maneira não exaustiva, no art. 5º da já citada lei. Muitas garantias já estavam presentes no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, como o recebimento de prioridade absoluta e ter considerada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (inciso, I), ser protegido contra qualquer tipo de discriminação (IV), prioridade na tramitação do processo (inciso, VIII). No entanto, na prática, nem sempre essas garantias eram observadas.

Destaca-se que todos os direitos e garantias elencados no citado dispositivo, além de tentarem evitar a revitimização, como já ex-

planado, buscam tratar a criança e o adolescente como sujeitos de direito, e que, embora em condição peculiar de desenvolvimento, têm o direito de receber informações adequadas sobre direitos, inclusive sociais, serviços disponíveis, representação jurídica, medidas de proteção, reparação de danos e qualquer procedimento a que seja submetido (inciso V).

Cabe ainda ressaltar, que como sujeito de direitos, a autonomia de vontade da criança e do adolescente deve ser respeitada, prevendo-se, expressamente, o direito de ficar em silêncio, caso assim deseje.

Por fim, mas não menos importante, encontra-se a possibilidade de conferir medida protetiva em favor da criança e do adolescente, vítima ou testemunha de violência, contra o seu autor (art. 6º), aplicando-se subsidiariamente a Lei Maria da Penha, quando necessário. Embora já fosse possível o deferimento dessas medidas, fundamentando-se no art. 130<sup>7</sup> do ECA e no próprio poder geral de cautela da autoridade judiciária, a previsão expressa na lei traz mais segurança jurídica aos aplicadores do direito e amplia o leque de proteção à criança e ao adolescente.

Como vimos, os institutos processuais precisavam se adequar à proteção integral do menor e, por isso, além dos direitos e garantias já mencionadas, foram inseridos no nosso ordenamento os instrumentos da escuta especializada e do depoimento especial.

#### **4.5.1 Escuta especializada e depoimento especial**

Os institutos aqui analisados são a espinha dorsal lei em comento, tendo em vista que é frequente a chamada violência institucional, pois, até a edição dessa lei, em regra, o menor, ao ser atendido administrativa ou judicialmente, sofria nova violação de seus direitos

---

7 Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

Parágrafo único. Da medida cautelar constará, ainda, a fixação provisória dos alimentos de que necessitem a criança ou o adolescente dependentes do agressor.

por quem, na verdade, deveria zelar pela defesa dos seus interesses.

A escuta especializada é procedimento extrajudicial, previsto no art. 7º, da Lei 13.431/17, e tem como finalidade realizar entrevista com a criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência. Ocorrerá perante órgão da rede de proteção da criança e do adolescente, sendo que o relato do menor se limitará estritamente ao necessário para a sua proteção, não se admitindo que dados secundários ao delito sejam descortinados por questão de curiosidade do entrevistador, que apenas trarão mais constrangimento e sofrimento.

Já o depoimento especial, antes denominado de “depoimento sem dano”, é a forma de colheita de declarações de crianças e de adolescentes, que ocorrerá perante a autoridade policial ou judicial. Ele busca, assim como a escuta especializada, a proteção psicológica das vítimas e testemunhas infantojuvenis. No entanto, o depoimento produzido poderá ser utilizado como prova no processo judicial.

É importante destacar que, embora a lei permita que o depoimento seja realizado perante a autoridade policial ou judicial (art. 8º), a norma também prevê, de maneira expressa, que o depoimento será realizado, uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado (art. 11).

Assim, como forma de preservar a criança e o adolescente, atendendo aos princípios legais da norma em apreço, já especificados acima, entendemos que a melhor maneira de se interpretar esse instituto é que ele seja sempre realizado perante a autoridade judicial, como produção antecipada de provas.

Dessa forma, ao tomar conhecimento de crime em que haja vítima ou testemunha criança ou adolescente, o Delegado de Polícia deverá representar ao Ministério Público (titular da ação penal) para que este órgão requeira a realização do depoimento especial, em sede produção antecipada de prova, perante a autoridade judiciária, garantindo o direito de contraditório do investigado. Essa possibilidade está inclusive prevista na redação do art. 21, VI da lei.

No nosso entendimento, esta é a única maneira de se preservar a criança e o adolescente e, ao mesmo tempo, garantir o devido processo legal, utilizando o depoimento especial como meio de prova.

A lei ainda traz os requisitos para a realização do ato, prevendo que a audiência deverá ser realizada, de forma simultânea, em duas salas, sendo que, em um recinto reservado, menos constrangedor, a vítima ou a testemunha dará o seu depoimento a um psicólogo ou assistente social. Na sala de audiência propriamente dita, ficarão o juiz, o promotor, o advogado/defensor e o réu, que terão acesso à fala do depoente por meio de transmissão em tempo real do relato.

Os sujeitos processuais que desejarem formular perguntas à vítima, ou à testemunha, farão os questionamentos por intermédio do psicólogo ou assistente social.

O depoimento especial deverá ocorrer em apenas um ato processual. No entanto, é possível nova oitiva do menor, desde que demonstrada a sua imprescindibilidade e que haja a concordância da vítima ou da testemunha ou do seu representante legal.

Como se vê, tanto a escuta especializada quanto o depoimento especial buscam evitar a vitimização secundária, que, como já descrito, ocorre no momento da persecução criminal. Esses dispositivos, conjugados, permitirão amenizar essa situação, já que esses depoimentos serão colhidos em data cada vez mais próxima da data dos fatos, uma única vez, permitindo a retomada da vida da criança e do adolescente sem ter que reviver a todo o momento os episódios traumáticos.

## **5 CONCLUSÃO**

A prática de crimes violentos, principalmente sexuais, pode deixar marcas indeléveis nas vítimas. Esses danos se tornam potencialmente mais perigosos naquelas vítimas que estão em condição peculiar de desenvolvimento, como é o caso de crianças e adolescentes.

Dessa forma, falar sobre o assunto com pessoas com as quais não se tem uma relação de confiança, e que não tenham preparo técnico, significa, na maioria das vezes, reviver todo o transtorno já passado.

Assim, devem-se buscar mecanismos que aliam proteção às vítimas e testemunhas e, ao mesmo tempo, possibilitem a punição do agressor.

Alguns estudos apontam que a sanção penal pode ter um importante papel simbólico para as vítimas, pois, de alguma forma, restabelece o curso que foi quebrado pelo agressor (ROCHA, 2017). Nesse sentido, receber o reconhecimento de sua condição de vítima, pelo sistema judicial, faz com que a vítima deixe de se sentir culpada pela agressão sofrida, o que é bastante comum em crimes violentos, principalmente sexuais.

É aí que entra o papel dos institutos trazidos pela Lei nº 13.431/17, pois permite a produção de prova testemunhal que, em grande parte dos casos, é a única possível, evitando, contudo, a vitimização secundária da criança e do adolescente.

Os principais mecanismos trazidos pela lei foram a escuta especializada e depoimento especial. Como vimos, esses mecanismos já podiam ser extraídos dos princípios que regem o direito da infância e juventude e do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, era necessária a sistematização desses institutos, trazendo mais segurança jurídica, não só às vítimas e testemunhas, mas aos operadores do direito.

A sistematização desses mecanismos pela Lei nº 13.431/17 foi um importante avanço no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessário agora viabilizar condições para que esses institutos sejam aplicados na prática.

## **TESTIMONIES WITHOUT DAMAGES AND THE SYSTEMATIZATION OF THE INSTITUTES OF SPECIALIZED LISTENING AND THE SPECIAL TESTIMONY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS (LAW N ° 13.431/2017)**

### **ABSTRACT**

*The practice of violent crimes, mainly sexual, reaches large layer of the Brazilian population and, in particular, children and adolescents, as a rule, people most vulnerable to this type of violence. The way in which the testimonies of these children and adolescents have been taken, in unknown environments (police station or courtroom), without the technical preparation of the law operators, brings greater damage to those, causing the so-called secondary revictimization or Institutional violence, in which the victim or witness revives the whole rape situation already experienced. It has long been thinking of ways to provide these testimonies, which are often the only source of proof, without causing such damaging effects. The Law n ° 13.431/2017 systematized for the first time the institutes of specialized listening and the special testimony, being therefore important advancement for the Brazilian legal order.*

**Keywords:** *Child and adolescent. Full protection. Secondary victimization. Specialized listening. Special statement.*

### **REFERÊNCIAS**

- AMIN, Andrea Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos teóricos e práticos**. 7ª Ed. São Paulo, Saraiva: 2014.
- BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2017.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 20 nov.2017.

BRASIL. **Lei Federal nº 13431/2017**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato201502018/2017/lei/L13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato201502018/2017/lei/L13431.htm). Acesso em: 25nov.2017.

JUS BRASIL. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25044002/recurso-especial-resp-1419421-go-2013-0355585-8-stj/inteiro-terror-25044003>. Acesso em: 10 nov.2015.

JUS BRASIL. **Jurisprudência**. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=depoimento+sem+dano> > Acesso em: 25 nov. 2017.

**MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: < <http://www.mdh.gov.br/disque100/balancos-e-denuncias/balanco-disque-100-2016-apresentacao-completa/> > Acesso em 26 nov. 2017.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. **“A proteção da criança no cenário internacional”**. 1ª Ed. Belo Horizonte, Del Rey: 2005, p. 179.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. **“Depoimento Especial” de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual: a experiência do Estado de Mato Grosso do Sul**. Disponível em: < <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/04/ARTIGO-Depoimento-Especial-MARIA-ISABEL-ROCHA.R5K.pdf> > Acesso em: 20 nov.2017.

# As Possíveis Decisões do Promotor de Justiça Criminal do Ministério Público do Estado do Amazonas da Conclusão do Procedimento de Notícia de Fato Criminal, Regulado Pelas Resoluções CNMP n. 181/2017 e CSMP/AM n. 006/2015<sup>1</sup>

*Alessandro Samartin de Gouveia<sup>2</sup>*

*Christianne Corrêa<sup>3</sup>*

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre as possíveis decisões do membro do Ministério Público do Estado do Amazonas na conclusão do procedimento de notícia de fato criminal, regulado pelas Resoluções CNMP n. 181/2017 e CSMP/AM n. 006/2015.

**Palavras-chave:** *Notícia de Fato Criminal. Objeto. Diligências. Decisões.*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar as decisões possíveis de serem adotadas pelo Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas no exercício da atividade extrajudicial criminal,

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 19/12/2017. Data de Aceite: 19/01/2018.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça no Amazonas. E-mail: asgouveia@mpam.mp.br

<sup>3</sup> Promotora de Justiça no Amazonas. E-mail: christiannecorrea@mpam.mp.br

para a conclusão do procedimento de notícia de fato criminal - PNFC, regulamentado pelas Resoluções CSMP/AM n. 006/2015<sup>4</sup> e CNMP n. 181/2017<sup>5</sup>.

O objetivo geral, portanto, é apresentar as decisões possíveis para conclusão do procedimento de notícia de fato criminal, conforme Resoluções CSMP/AM n. 006/2015 e CNMP n. 181/2017.

O objetivo específico deste estudo é apontar as medidas que permitam a obtenção de resultados mais eficientes e eficazes pelos membros do Ministério Público, no exercício de suas atividades extrajudiciais criminais.

A metodologia aplicada no desenvolvimento deste trabalho será de consulta normativa, pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, permitindo que, no primeiro capítulo, sejam apresentados os aspectos gerais e específicos; no segundo capítulo, o objeto do procedimento e a definição da metodologia investigativa; e no terceiro capítulo, as decisões possíveis de serem adotadas pelo Promotor de Justiça Criminal para a conclusão do procedimento de notícia de fato criminal.

Ao final, sem a pretensão de apresentar respostas definitivas sobre os objetivos do estudo, ter-se-ão oferecido caminhos seguros aos membros do Ministério Público na condução de procedimentos de notícia de fato criminais que estejam sob sua responsabilidade, garantindo, portanto, uma maior resolutividade desses procedimentos.

## **2 DECISÕES POSSÍVEIS**

Delimitado o objeto do PNFC, escolhidas as diligências adequadas e concluídas essas pesquisas hábeis a responder o problema do objeto da apuração, quatro decisões possíveis se apresentam para o órgão titular da apuração: declínio de atribuição, deferimento de instaura-

---

4 Alterada pelas Resoluções CSMP/AM ns. 075/2015 11 e 24/2017.

5 Esta Res. revogou a Res. CNMP n. 13/2006.

ção de investigação, indeferimento de instauração de investigação ou ajuizamento de ação penal.

A Res. CNMP n. 181/2017 prescreve, em seus arts. 2º, que em poder de quaisquer peças de informação, o membro do Ministério Público poderá:

I – promover a ação penal cabível;

II – instaurar procedimento investigatório criminal;

III – encaminhar as peças para o Juizado Especial Criminal, caso a infração seja de menor potencial ofensivo;

IV – promover fundamentadamente o respectivo arquivamento;

V – requisitar a instauração de inquérito policial, indicando, sempre que possível, as diligências necessárias à elucidação dos fatos, sem prejuízo daquelas que vierem a ser realizadas por iniciativa da autoridade policial competente.

O art. 2º, IV, da Res. CNMP n. 181/2017 é regulamentado no art. 19 do mesmo diploma.

Já a Res. CSMP/AM n. 006/2015 trata das decisões possíveis no PNFC em artigos diversos, prevendo o indeferimento da notícia de fato criminal nos arts. 18 e 25; o deferimento, no art. 21; e o declínio de atribuição no art. 5º. Entretanto, não regulamenta o ajuizamento de ação penal cabível e a requisição de instauração de inquérito policial. A partir desse cenário normativo, é que serão abordadas as decisões possíveis nos subitens seguintes.

## **2.1 Declínio de Atribuição (Art. 2º, III, da Res. CNMP n. 181/2017 e Art. 5º da Res. CSMP/AM n. 006/2015)**

Após a realização das verificações preliminares de informações, os indícios de materialidade podem apontar para a ocorrência de ilícitos penais para os quais o presidente não tenha atribuição para decidir sobre a instauração ou não investigação.

A Res. CSMP/AM n. 006/2015, no seu art. 3º, determina que atu-

ará em notícia de fato, ou em procedimento extrajudicial, o órgão de execução do Ministério Público do Estado do Amazonas com atribuições descritas em lei ou em ato normativo correspondente.

No caso do PNFC, os principais atos normativos são a Constituição Federal e o Código de Processo Penal. A Constituição regulamenta a competência das justiças comuns federal e estadual e das justiças especializadas eleitoral, militar e do trabalho. Logo, como há essa divisão e uma das finalidades da futura investigação criminal é o ajuizamento ou não de ação penal, resta evidente que o PNFC também seguirá as regras judiciais referentes à competência dos juízos.

O Código de Processo Penal, por sua vez, estabeleceu no art. 69 que a competência jurisdicional será determinada pelo lugar da infração, pelo domicílio ou residência do réu; pela natureza da infração; pela distribuição; pela conexão ou continência; pela prevenção; e pela prerrogativa de função.

A distribuição e a prevenção possuem menos importância que as demais regras de fixação de competência, apesar de haver situações em que elas influenciarão o PNFC, pois com pesquisas em sistemas de processos judiciais, o fato narrado estará sendo apurado em processo judicial anterior.

Portanto, como a ideia neste trabalho não é tratar da competência processual penal, mas apenas das decisões possíveis na conclusão do PNFC, a simples referência a essas formas de competências judiciais é suficiente para avançar sobre a decisão de declínio de atribuição.

O art. 5º da Res. CSMP/AM n. 006/2015, prescreve que “se entender que não possui atribuições para atuar em notícia de fato recebida, o membro do Ministério Público deverá providenciar a sua remessa direta ao órgão de execução interno ou externo que entenda possuir atribuições para tanto”.

Assim, se os indícios de materialidade apontarem para a participação de autoridade com foro por prerrogativa, o declínio de atribuição pelo Promotor de Justiça de primeiro grau é obrigatório,

valendo a pena destacar que os indícios, evidências, provas e elementos colhidos em VPI no procedimento de notícia de fato criminal são totalmente hígidas, pois o PNFC é um pré-investigado do fato e não dos autores, já que sequer há investigados nesse procedimento.

Então, constatada a existência de indícios de materialidade da provável participação de autoridade com foro por prerrogativa de função, deverá o membro responsável pelo PNFC declinar a atribuição para o órgão investido de habilitação para a instauração, ou não da investigação sobre os fatos noticiados.

Não é possível, porém, a instauração de procedimento investigatório pela autoridade sem atribuição com posterior remessa do PIC ao outro órgão encarregado, pois a decisão quanto à instauração, para ser válida, precisa ser proferida por quem tem atribuição para presidir uma investigação envolvendo autoridade detentora de foro, por exemplo.

Importante lembrar que, como regra processual, o princípio do *tempus regit actum* se aplica, de sorte que o exame da presença de foro por prerrogativa por função, por exemplo, tem que se concretizar prévia ou contemporaneamente à decisão final do PNFC. Se a pessoa adquirir foro posteriormente, as decisões anteriores são perfeitamente válidas.

Quando envolve autoridade com prerrogativa de função, o declínio de atribuição pode se dar dentro da mesma instituição, isto é, do membro de primeiro grau para o Procurador-Geral de Justiça, como pode exigir a remessa do procedimento para fora da instituição, em casos que envolvam autoridades submetidas à atribuição do PGR.

Da mesma forma, o lugar da infração pode ser diferente e a remessa dos autos, ainda que entre órgãos com mesma atribuição, torna-se obrigatória em atenção à regra do Código de Processo Penal. Assim, se o Promotor de Justiça recebe a notícia de um fato em Tabatinga/AM e ao fazer a VPI constata indícios de que o fato se deu em São Paulo de Olivença/AM, deverá declinar a atribuição para este último órgão.

A importância desse cuidado quanto à atribuição, no criminal, tem maior relevo do que no cível, pois as medidas judiciais destinadas a produção de provas, se não observarem as regras das competências judiciais, podem gerar nulidades insanáveis.

## **2.2 Indeferimento de Instauração de PIC (Art. 2º, IV, e art. 19 da Res. CNMP n. 181/2017 e arts. 18 e 25 da Res. CSMP/AM n. 006/2015)**

Na Res. CNMP n. 181/2017, o art. 2º, IV, determina que poderá o membro do Ministério Público promover fundamentadamente o respectivo arquivamento das peças de informação, enquanto os arts. 18 e 25 da Res. CSMP/AM n. 006/2015 prescrevem que a Notícia de Fato será indeferida fundamentadamente quando faltar justa causa ou condição de procedibilidade à futura ação penal; ou os fatos narrados não configurarem crime ou contravenção penal; ou o fato já tiver sido objeto de investigação ou de ação penal; ou se, mesmo após as diligências preliminares, não surgirem quaisquer provas suficientes de crime ou de contravenção penal.

É interessante notar que a Res. CNMP n. 181/2017 menciona promover fundamentadamente o respectivo arquivamento quando o membro do Ministério Público responsável pelo procedimento se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação penal pública, ou constatar o cumprimento do acordo de não-persecução, esclarecendo que a promoção de arquivamento será apresentada ao juízo competente, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal, ou ao órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente.

As Resoluções do CNMP e do CSMP/AM, nesse particular, divergem, pois a do Amazonas, editada pelo órgão superior interno CSMP, decidiu que o Procedimento de Notícia de Fato Criminal dispensa a remessa ao Conselho, quando de seu arquivamento, apesar de ter

permitido que haja recurso contra essa decisão, e que este recurso será examinado pelo CSMP. A questão relevante aqui é: seria possível uma interpretação de conformidade entre esses dispositivos? Sim, é cabível uma interpretação de conformação.

Nesse caso, como o parágrafo único do art. 19 da Res. CNMP n. 181/2017 prescreve que a promoção de arquivamento será apresentada ao juízo competente, ou ao órgão superior interno responsável pela sua apreciação, torna-se possível que o órgão superior interno, neste caso o CSMP/AM, estipule regramento específico sobre o arquivamento do Procedimento de Notícia de Fato Criminal.

Logo, como o CSMP/AM estipulou regramento específico quanto ao Procedimento de Notícia de Fato Criminal, assegurando, inclusive, a possibilidade de revisão dessa decisão, em consonância com a sistemática existente no Código de Processo Penal, não há ilegalidade em aplicar esse entendimento ao PNFC.

A outra opção viável, não excluída pela Res. CSMP/AM n. 006/2015 em seus parágrafo único do art. 19 e § 2º do art. 25, é a faculdade de submeter o indeferimento da instauração do PIC ao CSMP e, por conseguinte, ao próprio Poder Judiciário. A escolha ficará a cargo do membro responsável pela presidência do procedimento.

O ideal, sem dúvida, é a unificação do procedimento, porém, todas essas possibilidades, quanto ao indeferimento da instauração do PIC são legalmente possíveis.

Acaso opte pelo sistema de controle previsto na Res. CSMP/AM n. 006/2015, o membro deverá observar os dispositivos contidos nos arts. 18 a 20 e § 2º do art. 25, *in verbis*:

Art. 18. Em caso de indeferimento da notícia de fato, de natureza cível ou criminal, o noticiante será cientificado da decisão de indeferimento.

§1o. A cientificação será realizada, preferencialmente, por meio eletrônico, podendo também ser efetivada por carta com aviso de recebimento ou notificação pessoal, ou, na hipótese de não localização, por publicação no Diário Oficial Eletrônico do Ministério Público (DOMPE).

§2o. A cientificação é facultativa no caso de a notícia de fato ter sido encaminhada ao Ministério Público por órgão público em face de dever de ofício.

§3o. Se a notícia de fato for anônima, a cientificação será efetivada pela publicação no Diário Oficial Eletrônico do Ministério Público (DOMPE).

Art. 19. O indeferimento de notícia de fato prescinde de sua remessa ao Conselho Superior do Ministério Público. Parágrafo único. É facultado ao membro do Ministério Público submeter o indeferimento de notícia de fato anônima ou de grande repercussão social a reexame voluntário pelo Conselho Superior do Ministério Público.

Art. 20. Do indeferimento da notícia de fato caberá recurso administrativo ao Conselho Superior do Ministério Público, devidamente fundamentado e com as respectivas razões, no prazo de 10 (dez) dias.

§1o. Caso o noticiante apresente recurso contra a decisão de indeferimento da notícia de fato, o recurso será protocolado na secretaria do órgão que indeferiu a instauração de procedimento e juntado aos respectivos autos extrajudiciais, que deverão ser remetidos, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público, para apreciação, caso não haja reconsideração.

§2o. Não havendo recurso, os autos serão arquivados na própria origem, registrando-se no sistema respectivo.

(...)

Art. 25. Se o membro do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a instauração de procedimento investigatório criminal, indeferirá a notícia de fato, fazendo-o fundamentadamente.

(...)

§2o. O indeferimento da notícia de fato de natureza criminal, na forma do parágrafo anterior, dispensa a remessa ao Poder Judiciário e será arquivada na própria Promotoria de Justiça de origem.

E quando deverá indeferir a instauração de PIC, ou não requisitar a instauração de IP? A resposta está nos incisos I a IV do § 1º do art. 25, abaixo transcrito:

Art. 25. Se o membro do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a instauração de procedimento investigatório criminal, indeferirá a notícia de fato, fazendo-o fundamentadamente.

§1o. O membro do Ministério Público indeferirá a instauração de procedimento de investigação criminal.

- I - se faltar justa causa ou condição de procedibilidade à futura ação penal;
- II - se os fatos narrados não configurem crime ou contravenção penal;
- III - se o fato já tiver sido objeto de investigação ou de ação penal;
- IV - se, mesmo após as diligências preliminares, não surgirem quaisquer provas suficientes de crime ou de contravenção penal.

A clareza das hipóteses acima dispensa maiores aprofundamentos teóricos, já que podem ser resumidos na ausência de justa causa para futura investigação, ou simplesmente não houver indícios de materialidade de crimes.

### **2.3 Deferimento de Instauração de PIC ou Requisição de IP (Art. 2º, II e V, da Res. CNMP n. 181/2017 e Art. 52, II e V, e Art. 54 da Res. CSMP/AM n. 006/2015)**

Em sentido contrário ao que ocorre com o indeferimento, será possível o deferimento, quando houver justa causa para a investigação. Se a justa causa for para a ação penal, não fará sentido a instauração da investigação, pois já haverá elementos para o ajuizamento da ação penal. A justa causa para a instauração da investigação é a presença de indícios de materialidade de crime, ainda que não se saiba, ou se tenha indícios de autoria.

Assim, haverá justa causa para a instauração de Procedimento Investigatório Criminal ou Requisição de Instauração de Inquérito Policial sempre que, após a fase de VPI, o presidente do procedimento encontrar indícios de materialidade crime, do contrário o indeferimento é impositivo.

A requisição de instauração do IP não é excludente da instauração do PIC, ainda que o art. 25, § 1º, III, da Res. CSMP/AM n. 006/2015, mencione ser essa uma hipótese de indeferimento, mostra-se muito interessante a formação de forças-tarefas pela Polícia Judiciária e o

Ministério Público, a partir da instauração de IP e de PIC, posteriormente reunidos para ajuizamento de ação penal. Por essa razão, o art. 2º, II e V, da Res. CNMP n. 181/2017 e o art. 52, II e V, da Res. CSMP/AM n. 006/2015 colocam essas duas possibilidades em favor da decisão do membro.

A exceção à existência de justa causa está prevista no art. 21 da Res. n. 006/2015, quando estabelece que se o fato requerer apuração, ou acompanhamento, ou vencido o prazo do art. 20, instaurará o procedimento próprio. O problema é que o art. 20 não trata de prazo do Procedimento de Notícia de Fato Criminal, que está definido no art. 24. Parece, portanto, ter havido equívoco na referência ao art. 20, pois este dispositivo se refere ao prazo para recurso quanto ao indeferimento da notícia de fato.

Logo, parece que a ideia foi de evitar um prolongamento desnecessário da duração do PNFC, de modo que se os fatos se mostrarem mais complexos, a instauração do PIC ou a requisição de IP seriam a via mais adequada.

Entretanto, é de se buscar sempre a existência de justa causa, pois a instauração de PIC, ou a requisição de IP representam um risco maior do que os inquéritos civis. Assim, a interpretação mais prudente, nesse caso, não seria se os fatos são mais complexos por si mesmos, mas sim, aqueles fatos cuja apuração exija o ajuizamento de medidas investigatórias submetidas à reserva de jurisdição.

Nesse contexto, se após a VPI houver indícios de materialidade, que somente poderão ser confirmados mediante o uso de medidas cautelares de afastamento de sigilos, por exemplo, vencido o prazo do PNFC, a instauração do PIC é necessária.

Não se pode confundir essa possibilidade com aquela em que o PNFC está vencido, mas não houve a realização de VPI. Aqui, ainda que em desconformidade com a regra do prazo para conclusão, deve ser adotada a prorrogação do PNFC para realizar a VPI, pois a instauração de uma investigação sem elementos mínimos de justa

causa é mais nocivo do que prorrogar o procedimento por prazo superior ao limite previsto nos regulamentos.

#### **2.4 Ajuizamento de Ação Penal (art. 2º, I, da Res. CNMP n. 181/2017 e art. 52, I, da Res. CSMP/AM n. 006/2015)**

Conforme já delineado no curso deste estudo, é possível que ao final do PNFC, a VPI traga elementos de materialidade e indícios suficientes de autoria, de sorte que não haveria sentido em instaurar um PIC ou requisitar o IP se o membro já possui os requisitos para o ajuizamento da ação penal pública incondicionada.

Portanto, a decisão do PNFC, nesse caso, será de oferecimento da denúncia e com isso se encerra o procedimento. Vale destacar que esta, porém, não é a regra.

#### **2.5 Do Acordo de Não-Persecução Penal (art. 18 da Res. CNMP n. 181/2017)**

De todas as decisões possíveis, a mais polêmica certamente é a prevista no art. 18 da Res. CNMP n. 181/2017, que é o acordo de não-persecução penal. Neste trabalho não serão abordados os aspectos específicos do tema e, portanto, todas as atuais discussões travadas sobre a constitucionalidade, ou não, dessa decisão. Por outro lado, como este trabalho tem por objeto as Resoluções CNMP n. 181/2017 e CSMP/AM n. 006/2015, essa possibilidade de decisão não poderia ficar de fora do estudo.

Esse acordo de não-persecução penal somente tem regramento na Res. do CNMP e aplicar-se-ia aos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o membro do Ministério Público poderia propor ao investigado um acordo de não-persecução penal, desde que o suspeito confessasse formal e detalhadamente a prática do delito, indicasse eventuais

provas de seu cometimento, além de cumprir pelo menos um dos requisitos previstos nos incisos I a VI, e não se enquadrar em nenhum dos incisos I a IV do §1º, todos do art. 18 da Res. CNMP n. 181/2017, conforme se vê abaixo:

*Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não-persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não:*

*I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima;*

*II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal;*

*III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail;*

*IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período*

*correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público.*

*V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.*

*VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.*

*§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:*

*I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;*

*II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de coordenação;*

*III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;*

*IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal.*

### 3 CONCLUSÃO

Com isso, concluem-se as possíveis decisões a serem adotadas pelo Promotor de Justiça do Estado do Amazonas na conclusão do Procedimento de Notícia de Fato Criminal, regulado pelas Resoluções CNMP n. 181/2017 e CSMP/AM n. 006/2015.

#### **THE POSSIBLES DECISIONS OF THE PROSECUTOR OF THE “MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS” WHEN CONCLUDING A PREPARATORY CRIMINAL INQUIRY, REGULATED BY RESOLUTIONS CNMP N. 181/2017 E CSMP/AM N. 006/2015.**

#### **ABSTRACT**

The present paper lists the possible decisions of the prosecutor of the “Ministério Público do Estado do Amazonas” when concluding a preparatory criminal inquiry, regulated by Resolutions CNMP n. 181/2017 and CSMP/AM n. 006/2015.

**Keywords:** *Criminal Fact’s News. Object. Steps. Decisions.*

#### **REFERÊNCIAS**

BARRAL, Weber Oliveira. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, 4 ed., Del Rey: Belo Horizonte, 2010.

Brasil. Resolução. CNMP n. 181/2017. Regulamenta o Procedimento Investigatório Criminal. Disponível em <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em 30 set. 2017.

AMAZONAS. Resolução. CSMP/AM n. 006/2015. Regulamenta os procedimentos extrajudiciais do Ministério Público do Estado do Amazonas. Disponível em <[http://www.mpam.mp.br/attachments/article/8136/RES.2015.0006\\_P1%20934503-2015-PGJ\\_Disciplina%20procedimentos%20administrativos%20no%20MPE-AM\\_Alterada%20pelas%20Res%20075-2015%2011%20e%2024-2017-](http://www.mpam.mp.br/attachments/article/8136/RES.2015.0006_P1%20934503-2015-PGJ_Disciplina%20procedimentos%20administrativos%20no%20MPE-AM_Alterada%20pelas%20Res%20075-2015%2011%20e%2024-2017-)

CSMP\_Publicada.pdf>. Acesso em 30 set. 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 30 set. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689/1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 30/09/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no REsp 1611856/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 26/05/2017. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=NULIDADE+E+INTERCEPTA%C7%D5ES+TELEF%D4NICAS+e+AUS%ANCIA+DE+FUNDAMENTA%C7%C3O+e+EMBASAMENTO+E+DEN%DANCIA+AN%D4NIMA&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em 30 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 38.060/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 20/02/2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RECURSO+EM+MANDADO+DE+SEGURAN%C7A+E+INQU%C9RITO+E+POLICIAL+E+DEN%DANCIA+E+AN%D4NIMA&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em 30 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 38.566/ES, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 07/12/2015. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DEN%DANCIA+E+AN%D4NIMA+E+POSSIBILIDADE+E+HABEAS+E+CORPUS+E+INTERCEPTA%C7%C3O+E+TELEF%D4NICA&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=17>>. Acesso em 30 set. 2017.

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Atividade de inteligência e legislação correlata**. 5 ed., Impetus: Niteroi - RJ, 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3 ed., Atlas:São Paulo, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Investigação Criminal**. 3 ed., Atlas:São Paulo, 2013.

\_\_\_\_\_. **Crime Organizado Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 5 ed., Atlas:São Paulo, 2015.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta Pelo Ministério Público**. 5 ed., Atlas: São Paulo, 2016.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social**. 2 ed., Saraiva: 2016.

# A Valoração dos Atos Infracionais na Dosimetria da Pena<sup>1</sup>

Aureliano Rebouças Júnior<sup>2</sup>

Rafaela Pacheco Nunes<sup>3</sup>

## RESUMO

Com o avançar dos debates acerca do tema, ganhou força a tese de que a proteção garantida pelo ECA, no sentido do sigilo quanto aos atos infracionais, não prevalece ante o alcance da maioridade. Assim, vem à baila a possibilidade de considerá-los a fim de dar suporte à análise da personalidade do agente maior, aferindo, deste modo, sua propensão à reiteração de práticas delitivas. No tocante à vulneração da ordem pública e à possibilidade de decretação, com base nisto, da prisão preventiva do agente, o tema encontra-se razoavelmente amadurecido. Resta saber se esta tendência de fato se consolidará, bem assim se isto se irradiará para a dosimetria da pena, quando da análise das circunstâncias que devem nortear a fixação da pena-base.

**Palavras-chave:** *atos infracionais; proteção integral; dosimetria da pena; princípio da individualização da pena.*

## 1 INTRODUÇÃO

Tanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB de 1988, quanto a Lei 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e

<sup>1</sup> Data de recebimento 15/12/2017. Data de Aceite: 19/01/2018.

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

<sup>3</sup> Advogada. Formada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. E-mail: pacheconunesadv@gmail.com

do Adolescente – ECA, trazem uma série de dispositivos que visam a assegurar direitos e garantias ao menor de dezoito anos. Assim, o princípio da proteção integral, estampado no artigo 227 da CRFB de 1988, erigiu as crianças e os adolescentes a titulares de direitos fundamentais, inaugurando um novo sistema de proteção das pessoas em desenvolvimento, e suplantando a Lei nº 6.697 de 1979 – Código de Menores. Por sua vez, o ECA, em seu artigo 3º, reafirma que toda criança e todo adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que esta lei também trata, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Nessa esteira, a prática, por criança ou adolescente, de condutas previstas como crimes ou contravenções recebe tratamento diferenciado no ordenamento pátrio, sendo tal prática denominada, pelo artigo 103 do ECA, *ato infracional*. Assim, sendo alvo de todo um regramento peculiar, o processamento daqueles que cometem atos infracionais é regido por normas que levam em conta sua situação de pessoa em desenvolvimento e visam, primordialmente, à sua recuperação e promoção. Tanto é assim, que crianças são submetidas apenas a medidas de proteção, somente os adolescentes podendo ser alvo de medidas socioeducativas. (MORAES; RAMOS, 2011, p. 1035).

De outra parte, temos que, consoante os ditames da Lei 2.848 de 1940, o Código Penal brasileiro – CPB – o agente maior de idade terá sua pena individualizada conforme o sistema trifásico de cálculo da pena, segundo o qual o *quantum* de pena deve ser aferido pelo juiz em três fases distintas, até que se chegue àquela a ser aplicada. Na primeira fase, devem ser aquilatadas pelo magistrado as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CPB, a fim de fixar a pena-base, considerando aspectos relevantes da vida do transgressor da lei penal. Na segunda fase, o magistrado determina a pena provisória, analisando

do a existência, ou não, de circunstâncias atenuantes e agravantes. Por derradeiro, eventuais causas de aumento e diminuição, gerais e especiais, são levadas em conta, para que o julgador chegue à pena a ser aplicada. (PRADO; CARVALHO, 2017, p. 393).

Diante disso, muito já se questionou, e ainda se questiona, acerca dos efeitos da prática de condutas que se amoldem ao artigo 103 do ECA, na vida do agente após o atingimento da maioridade, sobretudo no âmbito da possibilidade de valoração dessa circunstância na dosimetria da pena.

Em apoio aos que rechaçam a análise do passado de menor infrator de um indivíduo para fins penais<sup>4</sup>, argumenta-se que, por serem figuras diversas dos crimes e contravenções que espelham, os atos infracionais não podem ser considerados para efeitos de reincidência, ou mesmo de maus antecedentes.<sup>5</sup> Além disso, o artigo 143 do ECA, à luz da proteção integral, determina que é vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos, que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. O manejo das informações acerca da prática de condutas infracionais estaria, em tese, restrito aos procedimentos de apuração de outros atos similares.

Noutro giro, impende gizar que, conforme restará demonstrado, o tema foi sendo amadurecido, no âmbito dos Tribunais Superiores – notadamente diante da necessidade de se aferir a periculosidade do agente e a possibilidade de decretação, com base nisto, de sua prisão preventiva, a bem da ordem pública. Desta forma, ganhou força a tese de que a proteção garantida pelo referido Estatuto, no sentido do sigilo quanto aos atos infracionais, não prevalece ante o alcance da maioridade.<sup>6</sup>

---

4 STJ. RHC 55.058-CE. Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz. Rel. p/ Acórdão Ministro Nefi Cordeiro. 6ª T. DJe - 28.05.2015.

5 STJ. HC 338.936-SP. Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 17.12.2015.

6 STF. Decisão monocrática. RHC 134121 MC-DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20.04.2016.

Assim, exsurge, desde logo, a possibilidade desse entendimento irradiar seus efeitos para o cálculo da pena, já que a mesma periculosidade, revelada pelo passado infracional do agente e considerada para fins da citada prisão cautelar, pode ser considerada traço de sua personalidade, devendo, portanto e em tese, ser apreciada, outrossim, na primeira fase da dosimetria da pena.

A par de todo o exposto, a análise da repercussão, na vida adulta, da prática pretérita de atos infracionais, em sede de dosimetria da pena por cometimento de crime posterior à maioridade – tal como vem ocorrendo para fins cautelares, aí insere a prisão preventiva –, ainda se mostra bastante tormentosa, vez que não há previsão legislativa específica tampouco jurisprudência consolidada nesse sentido.

O objetivo central deste trabalho, portanto, é proceder à análise técnico-jurídica desses institutos e da forma como vêm sendo – e como podem vir a ser – manejados, a fim de viabilizar o estudo sobre as repercussões, na maioridade, da prática de condutas que se encaixem na definição do art. 103 do ECA, mormente no tocante à dosimetria da pena, à luz dos recentes pronunciamentos dos Tribunais Superiores, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça – STJ – e do Supremo Tribunal Federal – STF, ainda que, eventualmente, por analogia.

## **2 ATO INFRACIONAL**

### **2.1 Conceito e características**

Pela dicção do referido artigo 103, atos infracionais são aqueles que equivalem às condutas descritas como crimes ou contravenções penais, quando praticadas por adolescentes – sujeitando-os às medidas sócio-educativas previstas no artigo 112 do ECA – ou por crianças – ensejando apenas a aplicação das medidas elencadas no artigo 101 do citado Estatuto. Cumpre destacar que se considera

criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, nos termos do artigo 2º do Estatuto, devendo ser considerada a idade a época do fato. (DE MORAES; RAMOS, pp. 1027-1149). O revogado Código de Menores não fazia esta distinção, mencionando apenas, de modo genérico, os *menores de dezoito anos*.

No ponto, cabe consignar que, entre nós, crime é fato típico, antijurídico e culpável. Portanto, prevalece no Brasil a teoria tripartida que eleva a culpabilidade a um dos substratos do crime ou, no dizer de Bitencourt, a um dos predicados deste substantivo. (BITENCOURT, 2000, p. 273). Podemos defini-la como o juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor do fato típico e ilícito, o qual, podendo comportar-se em conformidade com o Direito, opta livremente por comportar-se de forma contrária a este. (BRANDÃO, 2008). Ademais, a culpabilidade, em seu estágio atual, no direito pátrio, é, conforme a teoria de Hans Welzel, idealizador do finalismo, composta por três elementos, todos normativos, a saber: a imputabilidade; a exigibilidade de conduta diversa; e a potencial consciência da ilicitude. (GRECO, 2005, p. 444).

Voltando nossos olhos ao primeiro dos elementos da culpabilidade, a imputabilidade, temos que imputar é atribuir responsabilidade penal a alguém. A imputabilidade penal é regra, que somente pode ser afastada pela menoridade, pela doença mental e pela embriaguez completa, proveniente do caso fortuito e da força maior. (GRECO, *Op. Cit.*, p. 444).

Portanto, atualmente, entre nós, o menor de dezoito anos de idade é considerado inimputável, por força do artigo 228 da CRFB de 1988, e também do artigo 27 do CPB, ficando sujeito às normas estabelecidas na legislação especial. Aqui, diversamente do que ocorre, por exemplo, em relação ao doente mental, não se perquire a sua consciência acerca de seus atos, o que teria peso se adotado o critério psicológico, já que, quanto ao menor, adotou-se o critério

puramente cronológico, biológico ou etário. (GRECO, *Op. Cit.*, p. 448).

Assim, não importa para efeito de inimputabilidade ensejada pela menoridade, que o agente entenda, ou não, o caráter ilícito do ato que pratica, uma vez que a lei presume absolutamente a sua falta de maturidade e a sua correlata inimputabilidade. Significa dizer que, uma vez comprovada a menoridade por documento hábil (documento civil de identificação), o agente será considerado inimputável, ser-lhe-á aplicado o regramento do ECA e, conforme o caso, terá cometido ato infracional, não crime ou contravenção.

## **2.2 Doutrina da proteção integral**

A doutrina da proteção integral realça a imprescindibilidade do respeito à condição de pessoa em desenvolvimento das crianças e adolescentes, revelando serem estes detentores de direitos especiais em razão desta condição diferenciada, sem prejuízo de serem considerados, também, sujeitos daqueles direitos fundamentais atribuídos e reconhecidos aos adultos. (AMIN, *Op. Cit.*, pp. 11-19). Neste contexto, a proteção integral representa a própria evolução desses direitos e assume relevância para assegurar o atendimento de todas as necessidades que o indivíduo menor porventura tenha durante seu florescer. No Brasil, o surgimento de um sistema pautado por nessa proteção, veio a partir do advento da CRFB de 1988 e, posteriormente, do ECA, em 1990, e trouxe inúmeras transformações, evoluindo em relação Código de Menores, que era norteado pela doutrina da situação irregular.

O artigo 227 da CRFB de 1988 declara ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação,

exploração, violência, crueldade e opressão. Por sua vez, logo após o advento da Constituição Federal, a Lei nº 8.069 de 1990, o ECA, foi promulgada, acolhendo, outrossim, expressamente, em seu artigo 3º, a proteção integral, em consonância com as referidas diretrizes constitucionais.

Em suma, pode-se dizer que a proteção integral, tal como adotada no Brasil, exprime objetivos básicos atrelados às garantias do desenvolvimento saudável e da integridade, materializadas em diplomas normativos que propiciam a realização dos primordiais bens da vida imprescindíveis para atingir tal desiderato. (PAULA, 2002, p. 30). No mesmo sentido, as normas voltadas aos menores devem ser interpretadas à luz tal proteção, que irradia seus efeitos por todas as matérias que envolvem interesses de crianças e adolescentes. (ISHIDA, 2014. p. 02).

Nessa esteira, o artigo 143 do ECA, igualmente em consonância com a proteção integral, dispõe ser vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Diferentemente do processo penal, em que a regra é a publicidade dos atos (salvo exceções em que a tramitação deva se desenrolar sob sigilo de justiça), nos processos que envolvem crianças e adolescentes infratores, devido à referida previsão legal, vigora, de modo automático, o sigilo dos atos, como forma de resguardar os interesses dos menores.

Diante disto, questiona-se a possibilidade de valoração de atos infracionais, no âmbito de processos criminais envolvendo o indivíduo infrator já adulto. Atualmente, porém, mormente face à admissão de sua análise para fins de decretação de prisão preventiva, infere-se que os Tribunais Superiores, sobretudo o STJ, têm entendimento de que a proteção garantida pelo ECA, no sentido do sigilo quanto aos atos infracionais, não subsiste ao alcance da maioridade.<sup>7</sup>

---

7 STJ (5ª Turma). RHC 47.671-MS. Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 18.12.2014; e STJ (3ª Seção). RHC 63.855-MG. Rel. para Ac. Min. Rogerio Schiatti Cruz, julgado em 11.05.2016.

Conforme a doutrina de Nazir David Milano Filho e Rodolfo César Milano, não se pode olvidar que no contexto de um processo pautado pelo ECA, tudo, “desde a formação da prova, até os dados da vida pessoal e afetiva da Criança e do Adolescente”, deve servir à formação da convicção, principalmente quando se tratar da apuração de ato infracional, “com a devida avaliação dos interesses, para aplicação de medida adequada, alcançando a ressocialização, prevalecendo em casos de internação e semiliberdade”, mas sem descuidar do interesse da sociedade, “para a garantia também da ordem pública (...)”.(MILANO FILHO; MILANO, 1996, p. 28).

Portanto, muito embora a proteção integral seja de todo louvável, a inexistência de direitos absolutos e a necessidade de se salvaguardar, também, os interesses da sociedade, sobretudo diante da personalidade ainda desviada do indivíduo adulto que persiste afrontando a lei penal, enfraquecem a linha defensiva de que o sigilo quanto aos atos infracionais deve persistir por toda a vida.

### **3 ASPECTOS RELEVANTES DA DOSIMETRIA DA PENA**

#### **3.1 Princípio da individualização e sistema trifásico de cálculo da pena**

O Decreto-Lei 2.848 de 1940, atual Código Penal brasileiro – CPB, seguindo tendência moderna, apresenta critérios para que o magistrado possa, levando em conta diversas circunstâncias, e dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, valer-se de seu livre convencimento, devidamente motivado, na fixação da pena. Este é o sistema que possibilita ao julgador a faculdade controlada de decidir, dentre as modalidades e quantidades previstas, qual a sanção mais adequada ao agente, sem olvidar a gravidade objetiva do crime ou as suas peculiares consequências. Nas palavras de Nucci, trata-se da “fiel aplicação do princípio da individualização da pena, evitando-se

a sua indevida padronização.” (NUCCI, 2013, p. 468).

Importa assinalar que a individualização da pena está consagrada no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, compondo direito individual e, por conseguinte, cláusula pétrea, sem prejuízo de sua repetição e detalhamento em diplomas normativos infraconstitucionais, a exemplo do CPB, que traz em seus artigos 29 e 59 exemplos de disposições voltadas a garanti-lo.

Nessa ordem de ideias, e inspirado nas lições de Nélson Hungria, (PRADO; CARVALHO, 2017, p. 393). o CPB adotou, conforme se depreende do art. 68, o chamado sistema trifásico, no qual a pena a ser aplicada somente exsurge após o magistrado percorrer, criteriosamente, três fases distintas: 1. fixação da pena-base; 2. fixação da pena provisória; e 3. fixação da pena definitiva. (GRECO, *Op. Cit.*, p. 621).

Assim, enquanto na segunda fase – fixação da pena provisória – serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, na última – fixação da pena definitiva – , as causas de diminuição e de aumento, ao estabelecer pena-base, o juiz deverá, por expressa previsão legal, observar os critérios do art. 59 do CPB.

Para o presente estudo, analisaremos apenas a primeira fase da dosimetria da pena, porquanto seja, como veremos, o ponto ao qual cinge-se a possibilidade de valoração dos atos infracionais.

### **3.2 Fixação da pena-base**

Conforme sobredito, seguindo as diretrizes do artigo 68 do CPB, enquanto na segunda fase serão consideradas eventuais circunstâncias atenuantes e agravantes e, na última, causas de diminuição e de aumento, ao estabelecer pena-base, o magistrado deve atentar para os critérios do artigo 59 do CPB.

Esse *iter* a ser percorrido pelo magistrado homenageia o princípio da individualização da pena, na medida que a quantidade da pena imposta ao autor do delito deve ter, em suma e de fato, seu *quantum*

singularizado dentro das balizas legais considerando as peculiaridades tanto do fato quanto de seu autor.

Assim é que, em relação à pena-base, de acordo com o mencionado artigo, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, o juiz deve estabelecer, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e *prevenção* do crime, as penas aplicáveis dentre as cominadas e a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

Ao juiz incumbirá, portanto, perscrutar elementos capazes contribuir para o exato conhecimento da índole do agente do fato, tais como seu currículo, suas condições de vida (individual, familiar e social), a sua conduta (pretérita, contemporânea e posterior ao delito), e o grau periculosidade que demonstra, o qual permitirá avaliar sua maior ou menor propensão à reiteração criminosa.

Nessa ambiência é que se insere o objeto de nosso estudo, vez que é no bojo das circunstâncias do artigo 59 e da sua exortação a que o julgador atue para prevenir novas práticas delitivas que se situa, conforme demonstraremos a seguir, a possibilidade de valoração dos atos infracionais, a fim de influir na dosimetria da pena.

Por tudo o que expusemos até aqui, emerge clara a conclusão de que o passado infracional do agente maior não pode ser ignorado. Entretanto, na busca pelo momento e circunstância em que ele deve ser valorado, é preciso ter cautela, para não incorrer em erro.

Na terceira fase da dosimetria da pena, observam-se causas de aumento e diminuição, gerais e especiais, às quais os atos infracionais não se amoldam, à míngua de previsão legal. Na segunda fase, temos que, entre as circunstâncias agravantes previstas no artigo 61, está a reincidência. Entretanto, uma vez não se tratando de crime, é pacífico o entendimento de que o ato infracional não pode ser considerado para tal fim. Este, aliás, o mesmo motivo pelo qual não pode ser enquadrado como mau antecedente, a ser tido em conta na fixação da pena-base.

Por outro lado, ao nos determos um pouco mais na primeira fase, observamos que, dentre as demais circunstâncias elencadas pelo artigo 59, e que devem ser aquilatadas neste momento da dosimetria, há pelo menos duas que, desde um primeiro olhar, poderiam ensejar a análise do passado infracional do autor. Ocorre que, superada a ideia de que o sigilo acerca dele deva prevalecer após a maioridade, abre-se a discussão acerca da possibilidade de que tal prática possa passar a ser considerada, a fim de auxiliar o juiz a desnudar os contornos ou da *conduta social* ou da *personalidade* do agente maior, quando da estipulação de sua pena-base.

Quanto à conduta social, entende-se que esta se refere à forma como o indivíduo se porta perante a sociedade, (GRECO. Op. Cit., p. 627) isto é, se possui vícios ou não, se é ordeiro ou desordeiro, se é, ou não, um membro respeitado da comunidade em que inserido etc.

Já a personalidade, sendo um conceito não propriamente jurídico, mas emprestado da psicologia, da psiquiatria e da antropologia “deve ser entendida como um complexo de características próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito”. (TELES, 1996 *apud* GRECO 2005 p. 628).

Isto dito, adiantamos – para fundamentar nos capítulos posteriores – nossa conclusão de que, admitida tal possibilidade, caminhará melhor o julgador ao valorar os atos infracionais como preditores da personalidade do criminoso, isto é, como sinalizadores de sua tendência à reiteração criminosa, evidentemente atendendo a critérios que norteiem essa valoração de modo justo e racional. É, aliás, o que vem ocorrendo em relação à prisão preventiva, quando o magistrado avalia se o agente, em liberdade, vulnera a ordem pública, conforme esmiuçaremos no tópico seguinte.<sup>8</sup>

---

8 STJ. RHC 55.996-BA. Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe - 04.03.2016.

## 4 VALORAÇÃO DOS ATOS INFRACIONAIS NA MAIORIDADE

### 4.1 O exemplo do tratamento dado ao passado infracional do agente no âmbito da prisão preventiva

A partir de estudos pioneiros – e, até certo ponto, polêmicos – realizados por Francis Galton, pode-se dizer que hoje há razoável consenso acerca de que a personalidade é determinada tanto por componentes hereditários, quanto por aspectos relacionados à criação.<sup>9</sup> Entretanto, é pelos seus atos e omissões que um indivíduo dá a conhecer suas tendências. Isto é: as escolhas do agente determinam a forma como sua personalidade poderá ser observada e avaliada externamente.

Assim, uma vez que a personalidade de um indivíduo é demonstrada ao longo de toda a sua vida, não há lógica em adotar, quanto a ela, uma visão artificial e forçadamente compartimentada a partir de um marco etário predefinido. Outra não é a conclusão que se extrai da advertência feita no âmbito do STF, em decisão monocrática da lavra do ministro Luiz Fux, na qual este aduz que, em prevalecendo o argumento de que “a prática de atos infracionais na menoridade não se comunica com a vida criminal adulta”, tornar-se-ia imperioso admitir “o absurdo” de que ao autor é dado reiterar nas condutas afrontosas à lei logo após alcançar a maioridade, “sem que se lhe recaia a possibilidade de ser preso preventivamente.” E continua, para afirmar que “a possibilidade real de reiteração delituosa constitui, fora de dúvida, base empírica subsumível à hipótese legal da garantia da ordem pública.”<sup>10</sup>

No mesmo sentido, julgados do STJ, sobretudo da 5ª Turma, firmaram importante jurisprudência admitindo que a prática de atos infracionais pretéritos serve para justificar seja a decretação, seja a

<sup>9</sup> Vários colaboradores. O Livro da Psicologia. Trad. HERMETO, Clara M. e MARTINS, Ana Luísa. Globo: São Paulo, 2012, p. 28-29.

<sup>10</sup> STF. Decisão monocrática. RHC 134121 MC-DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20.04.2016.

manutenção da prisão preventiva do infrator adulto, como garantia da ordem pública, face à constatação de que o indivíduo é perigoso. Nesta linha, o RHC 47.671-MS (DJe - 02.02.2015); o RHC 60.213-MS (DJe - 03.09.2015); o HC 315.618-SP (DJe - 18.11.2015); e o RHC 55.996-BA (DJe - 04.03.2016).

Por sua vez, ancoradas em diversos precedentes colacionados nos votos, todas as decisões aqui mencionadas, apontam que isso se justifica diante do fato de que a prática de atos infracionais pode ser avaliada como indicador de que o agente possui tendência criminosa, capaz de gerar fundado receio de reiteração. Igualmente, em julgados desta ordem, é corriqueira a utilização do termo *personalidade* para se referir à demonstração da periculosidade do agente (RHC 55.996-BA (DJe - 04.03.2016)).

A par disso, a fim de sanar divergência ainda existente entre suas Turmas, foi afetado à 3ª Seção o RHC 63.855-MG, julgado em 11.05.2016. Neste, igualmente, afirmou-se a possibilidade de valoração dos atos infracionais a fim de embasar um “prognóstico de recidiva delitiva e periculosidade”, a partir da vida pretérita e “personalidade” do agente.

Na oportunidade, a 3ª Seção firmou orientação no sentido de que, se os atos infracionais não servem, como, aliás, já advertimos, como “antecedentes penais” ou “para firmar reincidência”, exatamente por não configurarem crimes, “não podem”, por outro lado, “ser ignorados para aferir a personalidade e eventual risco que sua liberdade plena representa para terceiros.” (destacamos).

No referido RHC, oriundo da 6ª Turma, cuidando de prisão preventiva, o ministro Rogério Schietti Cruz, relator para acórdão, inclusive, apontou critérios a serem tomados em conta para que um ato infracional possa ser utilizado a fim de estabelecer a periculosidade e, assim, justificar a prisão cautelar na modalidade preventiva. Desta forma, conforme colocado pelo referido ministro, para saber se o ato infracional é idôneo ou não a ser considerado quando da decreta-

ção ou da manutenção da prisão preventiva, a autoridade judicial deverá examinar: 1. a efetiva comprovação do cometimento do ato infracional; 2. a gravidade específica deste, não bastando o fato de equivaler a crime considerado em abstrato como sendo grave; e 3. o lapso temporal decorrido entre o ato infracional e o crime em razão do qual se pretende decretada ou mantida a preventiva.

Na visão defendida pelo ministro, portanto, se entre o cometimento do ato infracional e o do crime decorresse grande espaço de tempo, isto teria o condão de fazer com que referido ato perdesse relevância no momento de se analisar a periculosidade presente do autor dos fatos.

Por outro lado, cabe ponderar que, ainda na mesma oportunidade, a própria 3ª Seção se posicionou no sentido de que os registros sobre o passado do agente “não podem ser desconsiderados para fins cautelares”. Isto porque “a avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social.” (destacamos).

Assim, diante disso e do mais que aqui expusemos, concluímos que, na verdade, mostra-se sobremaneira arriscado tentar predizer que, apenas pelo decurso de determinado período de tempo sem que se tenha notícias da reiteração da conduta transgressora, tenha-se operado, necessariamente, uma mudança para melhor no agente.

Quanto aos dois outros critérios apontados pelo ministro relator, entendemos que, ante a efetiva comprovação do cometimento do ato infracional, de fato, a gravidade deste deve ser avaliada conforme o caso concreto, como pressuposto lógico para que se afira se da passagem se pode concluir pela tendência delitiva do agente.

Por sua vez, ainda que não haja enfrentado o tema em seu colegiado, também no âmbito do STF existem decisões recentes confirmando a possibilidade de utilização de atos infracionais pretéritos como fundamento para a prisão preventiva, a exemplo da já citada

decisão monocrática do ministro Luiz Fux e do igualmente singular *decisum* do ministro Dias Toffoli (relator) no HC 140797-SP, julgado em 22.02.2017.

Assim, os avanços, precedentes e balizas firmados no sentido da admissão da valoração de atos infracionais, a fim de aquilatar a periculosidade do agente, para fins de prisão preventiva, abrem a possibilidade de que o mesmo ocorra – e com razoável segurança – em relação à dosimetria da pena, conforme esmiuçaremos a seguir.

#### **4.2 Enquadramento dos atos infracionais como indicativos de personalidade**

Após oscilar bastante e abrir oportunidade para muita discussão, a jurisprudência dos Tribunais superiores vem-se consolidando, no âmbito cautelar, de modo favorável à valoração dos atos infracionais para fins de prisão preventiva. Essa possibilidade refere-se à demonstração de periculosidade do agente, de modo que, nos próprios julgados que citamos no capítulo anterior, não é raro que se chegue a afirmar que esta é avaliada no contexto da personalidade.

Mais que isso, ao julgar o RHC 63.855-MG (no intuito de sanar divergência entre suas Turmas), conforme demonstramos, a 3ª Seção firmou orientação no sentido de que os atos infracionais servem para aferir a “personalidade” e o eventual risco que a liberdade plena do agente representa para terceiros. Este posicionamento é, inclusive, citado em decisão monocrática do ministro Luiz Fux (STF. RHC 134121 MC-DF).

A despeito de ser um quesito demasiado subjetivo, é consenso doutrinário que são características que pesam negativamente na avaliação personalidade traços como maldade, agressividade, covardia, frieza, insensibilidade, egoísmo dentre outros.

Assim, uma vez que a personalidade de um indivíduo é demonstrada por indícios que permeiam toda a sua vida, mostra-se, de

fato, incoerente querer seccioná-la, tomando como marco divisor a maioria. Significa dizer: as vozes que defendem a impossibilidade de valoração dos atos infracionais a fim de orientar conclusões do magistrado acerca da personalidade do delinquente ignoram que esta é um *continuum*, acompanhando o indivíduo por toda a sua existência, sem solução de continuidade a partir dos dezoito anos. Do contrário, como aferir tal personalidade à 00:01 do décimo oitavo natalício de um indivíduo?

Não se pode querer observar o infrator da lei como se fosse um antes e outro, inteiramente novo, após o seu aniversário de dezoito anos. Acertado, portanto, o raciocínio que vem orientando as recentes decisões do STF e do STJ acerca da matéria.

Avançando na análise do tema, entremostra-se coerente que, uma vez admitido, no âmbito dos Tribunais Superiores, que os referidos atos se prestam a demonstrar a periculosidade e a tendência criminosa do agente, possibilitando sua prisão cautelar, a bem da ordem pública, não há como negar que o mesmo efeito deverá ocorrer em relação à apreciação da personalidade deste, quando da fixação da pena. É ilógico considerar alguém perigoso para fins cautelares e não poder utilizar os mesmos elementos que formaram tal convicção na análise das circunstâncias judiciais.

Emerge, portanto, intuitiva a irradiação, no âmbito da dosimetria da pena, do entendimento exposto no capítulo anterior. Em assim sendo, o juiz pode – e a nosso sentir *deve* –, apoiado nestas conclusões, levar os atos infracionais praticados pelo indivíduo em consideração, no momento da fixação da pena-base do adulto transgressor da lei penal, justamente por serem indicativos da personalidade do agente, na esteira da jurisprudência citada – circunstância presente no art. 59 do CPB.

Ainda por outro ângulo, consoante demonstrado no capítulo 2.2, é, realmente, na primeira fase da dosimetria da pena que se encaixa a análise dos atos infracionais. E quando nos debruçamos sobre a

fixação da pena-base, ao buscar enquadrá-los em uma das circunstâncias do artigo 59 do CPB, de fato, estes de logo emergem como patentes indicativos da personalidade, porque se mostram como excelentes sinalizadores justamente de uma eventual tendência criminógena do indivíduo. Muito embora se pretenda, por vezes, enquadrá-los como denotadores de má conduta social, consoante já bosquejado, este não é o melhor caminho a trilhar, vez que esta se prende ao proceder do indivíduo perante a sociedade, não necessariamente perante a lei. A personalidade, por sua vez, possuindo conceito bem mais profundo e abrangente, permite, mediante sua análise, concluir, ou não, pelas transgressões pretéritas do indivíduo, se seu comportamento desviante tende à reiteração.

A aplicação do mínimo penal, em relação à pena-base, para ser justa, deve adstringir-se aos casos em que todas as oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 forem favoráveis ao autor do fato. (NUCCI, *Op. Cit.*, p. 468). Nessa esteira, de acordo com o posicionamento por nós defendido, o cometimento de atos infracionais, levado em conta como indicativo da personalidade, após prudente apreciação do magistrado, em cotejo com outros elementos dos quais disponha, caso se mostre forte o suficiente, será hábil a elevar a pena-base, influndo, portanto, no montante final. Em assim sendo, observa-se que tal análise renderá homenagem, ainda, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além da individualização.

Em apoio a essa proposição, aliás, citamos, em sede de STF, o HC 97056-DF<sup>11</sup>. Neste julgado, o ministro Ricardo Lewandowski, relator, salientou, tal como por nós defendido, que os atos infracionais podem e devem, sim, ser levados em conta na avaliação da *personalidade* do agente, *quando da dosimetria da pena*, observadas a “proporcionalidade, a razoabilidade e a individualidade”, desde que em conjunto com a análise de outras circunstâncias.

---

<sup>11</sup> STF. HC 97056-DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 08.09.2009.

## 5 CONCLUSÃO

Crianças e adolescentes, no Brasil, são penalmente inimputáveis e sequer cometem crimes ou contravenções. Quando praticam condutas análogas a estas figuras, concretizam, pela dicção do artigo 103 de seu Estatuto próprio, atos infracionais, a partir dos quais recebem tratamento processual, repressivo e preventivo peculiares.

O artigo 143 do ECA garante ao menor o sigilo quanto à sua vida infracional. Esta garantia se coaduna com a adoção, pelo Brasil, da chamada doutrina da proteção integral em relação aos menores de dezoito anos, enquanto indivíduos em desenvolvimento.

Diante da abundância de condutas equiparadas a crimes graves perpetradas por crianças e adolescentes, bem assim do fato de estas muitas vezes persistirem na afronta às leis após a maioridade, ignorar o passado infracional do maior dedicado ao cometimento de delitos mostra-se incongruente.

Atento a essa perplexidade, ao fato de que a personalidade é contínua, não se segmentando em passada e presente a partir da maioridade, e à necessidade de salvaguardar a sociedade, os Tribunais Superiores, sobretudo o STJ, vêm sedimentando o entendimento de que a garantia do sigilo deve subsistir apenas enquanto perdurar a menoridade. Atingida a idade de dezoito anos, portanto, ela cessa. Tal posicionamento vem sendo adotado quando da análise dos atos infracionais para fins cautelares, especificamente no âmbito da prisão preventiva, a bem da ordem pública, com base na periculosidade do agente, prevalecendo a sua admissão. Consequência lógica disso é a possibilidade de valoração dos mesmos atos quando da dosimetria da pena do indivíduo adulto, pois onde repousam os mesmos motivos não é razoável adotar solução distinta. Cabe, todavia, ainda, aos Tribunais Superiores a tarefa de firmar jurisprudência “estável íntegra e coerente”<sup>12</sup> neste sentido, a fim de pacificar a matéria.

---

<sup>12</sup> Artigo 926, *caput*, da Lei nº 13.105 de 2015 – Código de Processo Civil.

Utilizado em julgados acerca da prisão preventiva especificamente o vocábulo *personalidade*, sabemos que esta é uma das circunstâncias a ser analisada no bojo do art. 59 do CP, isto é, na fixação da pena-base. Ademais, observadas todas as possibilidades, exsurge claro que é nessa fase da dosimetria e nessa circunstância que melhor se enquadra a possibilidade de valoração da vida infracional do agente do fato quando do cálculo que se volta individualizar sua pena. Esta linha de raciocínio encontra guarida na posição adotada pelo relator, ministro Ricardo Lewandowski, no HC 97056-DF (STF).

Assim sendo, o cometimento de atos infracionais, levado em conta pelo juiz como indicativo da personalidade, poderá elevar a pena-base, influenciando, ao final, no *quatum* da pena aplicada. De conformidade com tal linha de raciocínio, perscrutar a vida pregressa do agente, desde antes da maioridade, a fim de desnudar suas tendências, respeita os ditames do artigo 59 do CPB e homenageia o princípio da individualização da pena, bem assim o caráter preventivo desta, voltando-se ao ideal de justiça.

Ao assim agir, o magistrado estará atuando em estrita conformidade com os ditames da lei, bem assim com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além de prestigiar adequadamente não só a repressão, como também, a prevenção, desencorajando a prática de atos infracionais. Outra não pode ser a conclusão a que se chegue, se levado em conta que o caminho da sensatez e da prudência não passa por ignorar toda a vida pregressa do agente, a partir de sua maioridade, como se esta começasse ou recomeçasse, necessariamente e como num passe de mágica, aos dezoito anos completos.

## THE INFRACTION ACTS AND THE DOSIMETRY OF THE PENALTY OF CRIMES

### ABSTRACT

With the advance of the debates on the subject, the thesis that the protection guaranteed by the ECA, in the sense of secrecy regarding the infraction acts does not prevail before reaching the age of majority gained traction. So come up the possibility of considering them in order to support the analysis of the personality of the major agent, thus assessing their propensity to reiterate delinquent practices. Regarding the breach of public order and the possibility of ordering, basing on this, the preventive detention of the agent, the subject is reasonably mature. It remains to be seen if the trend will consolidate, as well as whether such sedimentation will radiate to dosimetry of the penalty in relation to the analysis of the circumstances that should guide the penalty fixation.

**Keywords:** *infractions acts; full protection; penalty dosimetry; principle of individualization of sentence.*

### REFERÊNCIAS

- AMIN, Andrea Rodrigues. **Doutrina da Proteção Integral**. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.).
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral, volume 1. 6. Ed. Saraiva: São Paulo, 2000.
- BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal**. Forense: 2008.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- DE MORAES, Bianca Mota de; e RAMOS, Helaine Vieira. **A Prática de Ato Infracional**. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.) 2006.
- HUNGRIA, Nélon. **Novas questões jurídico-penais**. Jacintho: Rio de Janeiro, 1940.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência, 15 edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

MILANO FILHO, Nazir David e MILANO, Rodolfo César. Estatuto da criança e do adolescente: comentado e interpretado. LEUD: São Paulo, 1996.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada.** Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

PRADO, Luiz Regis; e CARVALHO, Érika Mendes de (Colab). **Curso de Direito Penal Brasileiro** – Volume I. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.

## SÍTIOS ELETRÔNICOS

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

# A Valoração dos Atos Infracionais na Dosimetria da Pena<sup>1</sup>

Aureliano Rebouças Júnior<sup>2</sup>

Rafaela Pacheco Nunes<sup>3</sup>

## RESUMO

Com o avançar dos debates acerca do tema, ganhou força a tese de que a proteção garantida pelo ECA, no sentido do sigilo quanto aos atos infracionais, não prevalece ante o alcance da maioridade. Assim, vem à baila a possibilidade de considerá-los a fim de dar suporte à análise da personalidade do agente maior, aferindo, deste modo, sua propensão à reiteração de práticas delitivas. No tocante à vulneração da ordem pública e à possibilidade de decretação, com base nisto, da prisão preventiva do agente, o tema encontra-se razoavelmente amadurecido. Resta saber se esta tendência de fato se consolidará, bem assim se isto se irradiará para a dosimetria da pena, quando da análise das circunstâncias que devem nortear a fixação da pena-base.

**Palavras-chave:** *atos infracionais; proteção integral; dosimetria da pena; princípio da individualização da pena.*

## 1 INTRODUÇÃO

Tanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB de 1988, quanto a Lei 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e

<sup>1</sup> Data de recebimento 15/12/2017. Data de Aceite: 19/01/2018.

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

<sup>3</sup> Advogada. Formada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. E-mail: pacheconunesadv@gmail.com

do Adolescente – ECA, trazem uma série de dispositivos que visam a assegurar direitos e garantias ao menor de dezoito anos. Assim, o princípio da proteção integral, estampado no artigo 227 da CRFB de 1988, erigiu as crianças e os adolescentes a titulares de direitos fundamentais, inaugurando um novo sistema de proteção das pessoas em desenvolvimento, e suplantando a Lei nº 6.697 de 1979 – Código de Menores. Por sua vez, o ECA, em seu artigo 3º, reafirma que toda criança e todo adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que esta lei também trata, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Nessa esteira, a prática, por criança ou adolescente, de condutas previstas como crimes ou contravenções recebe tratamento diferenciado no ordenamento pátrio, sendo tal prática denominada, pelo artigo 103 do ECA, *ato infracional*. Assim, sendo alvo de todo um regramento peculiar, o processamento daqueles que cometem atos infracionais é regido por normas que levam em conta sua situação de pessoa em desenvolvimento e visam, primordialmente, à sua recuperação e promoção. Tanto é assim, que crianças são submetidas apenas a medidas de proteção, somente os adolescentes podendo ser alvo de medidas socioeducativas. (MORAES; RAMOS, 2011, p. 1035).

De outra parte, temos que, consoante os ditames da Lei 2.848 de 1940, o Código Penal brasileiro – CPB – o agente maior de idade terá sua pena individualizada conforme o sistema trifásico de cálculo da pena, segundo o qual o *quantum* de pena deve ser aferido pelo juiz em três fases distintas, até que se chegue àquela a ser aplicada. Na primeira fase, devem ser aquilatadas pelo magistrado as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CPB, a fim de fixar a pena-base, considerando aspectos relevantes da vida do transgressor da lei penal. Na segunda fase, o magistrado determina a pena provisória, analisando

do a existência, ou não, de circunstâncias atenuantes e agravantes. Por derradeiro, eventuais causas de aumento e diminuição, gerais e especiais, são levadas em conta, para que o julgador chegue à pena a ser aplicada. (PRADO; CARVALHO, 2017, p. 393).

Diante disso, muito já se questionou, e ainda se questiona, acerca dos efeitos da prática de condutas que se amoldem ao artigo 103 do ECA, na vida do agente após o atingimento da maioridade, sobretudo no âmbito da possibilidade de valoração dessa circunstância na dosimetria da pena.

Em apoio aos que rechaçam a análise do passado de menor infrator de um indivíduo para fins penais<sup>4</sup>, argumenta-se que, por serem figuras diversas dos crimes e contravenções que espelham, os atos infracionais não podem ser considerados para efeitos de reincidência, ou mesmo de maus antecedentes.<sup>5</sup> Além disso, o artigo 143 do ECA, à luz da proteção integral, determina que é vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos, que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. O manejo das informações acerca da prática de condutas infracionais estaria, em tese, restrito aos procedimentos de apuração de outros atos similares.

Noutro giro, impende gizar que, conforme restará demonstrado, o tema foi sendo amadurecido, no âmbito dos Tribunais Superiores – notadamente diante da necessidade de se aferir a periculosidade do agente e a possibilidade de decretação, com base nisto, de sua prisão preventiva, a bem da ordem pública. Desta forma, ganhou força a tese de que a proteção garantida pelo referido Estatuto, no sentido do sigilo quanto aos atos infracionais, não prevalece ante o alcance da maioridade.<sup>6</sup>

---

4 STJ. RHC 55.058-CE. Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz. Rel. p/ Acórdão Ministro Nefi Cordeiro. 6ª T. DJe - 28.05.2015.

5 STJ. HC 338.936-SP. Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 17.12.2015.

6 STF. Decisão monocrática. RHC 134121 MC-DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20.04.2016.

Assim, exsurge, desde logo, a possibilidade desse entendimento irradiar seus efeitos para o cálculo da pena, já que a mesma periculosidade, revelada pelo passado infracional do agente e considerada para fins da citada prisão cautelar, pode ser considerada traço de sua personalidade, devendo, portanto e em tese, ser apreciada, outrossim, na primeira fase da dosimetria da pena.

A par de todo o exposto, a análise da repercussão, na vida adulta, da prática pretérita de atos infracionais, em sede de dosimetria da pena por cometimento de crime posterior à maioridade – tal como vem ocorrendo para fins cautelares, aí insere a prisão preventiva –, ainda se mostra bastante tormentosa, vez que não há previsão legislativa específica tampouco jurisprudência consolidada nesse sentido.

O objetivo central deste trabalho, portanto, é proceder à análise técnico-jurídica desses institutos e da forma como vêm sendo – e como podem vir a ser – manejados, a fim de viabilizar o estudo sobre as repercussões, na maioridade, da prática de condutas que se encaixem na definição do art. 103 do ECA, mormente no tocante à dosimetria da pena, à luz dos recentes pronunciamentos dos Tribunais Superiores, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça – STJ – e do Supremo Tribunal Federal – STF, ainda que, eventualmente, por analogia.

## **2 ATO INFRACIONAL**

### **2.1 Conceito e características**

Pela dicção do referido artigo 103, atos infracionais são aqueles que equivalem às condutas descritas como crimes ou contravenções penais, quando praticadas por adolescentes – sujeitando-os às medidas sócio-educativas previstas no artigo 112 do ECA – ou por crianças – ensejando apenas a aplicação das medidas elencadas no artigo 101 do citado Estatuto. Cumpre destacar que se considera

criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, nos termos do artigo 2º do Estatuto, devendo ser considerada a idade a época do fato. (DE MORAES; RAMOS, pp. 1027-1149). O revogado Código de Menores não fazia esta distinção, mencionando apenas, de modo genérico, os *menores de dezoito anos*.

No ponto, cabe consignar que, entre nós, crime é fato típico, antijurídico e culpável. Portanto, prevalece no Brasil a teoria tripartida que eleva a culpabilidade a um dos substratos do crime ou, no dizer de Bitencourt, a um dos predicados deste substantivo. (BITENCOURT, 2000, p. 273). Podemos defini-la como o juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor do fato típico e ilícito, o qual, podendo comportar-se em conformidade com o Direito, opta livremente por comportar-se de forma contrária a este. (BRANDÃO, 2008). Ademais, a culpabilidade, em seu estágio atual, no direito pátrio, é, conforme a teoria de Hans Welzel, idealizador do finalismo, composta por três elementos, todos normativos, a saber: a imputabilidade; a exigibilidade de conduta diversa; e a potencial consciência da ilicitude. (GRECO, 2005, p. 444).

Voltando nossos olhos ao primeiro dos elementos da culpabilidade, a imputabilidade, temos que imputar é atribuir responsabilidade penal a alguém. A imputabilidade penal é regra, que somente pode ser afastada pela menoridade, pela doença mental e pela embriaguez completa, proveniente do caso fortuito e da força maior. (GRECO, *Op. Cit.*, p. 444).

Portanto, atualmente, entre nós, o menor de dezoito anos de idade é considerado inimputável, por força do artigo 228 da CRFB de 1988, e também do artigo 27 do CPB, ficando sujeito às normas estabelecidas na legislação especial. Aqui, diversamente do que ocorre, por exemplo, em relação ao doente mental, não se perquire a sua consciência acerca de seus atos, o que teria peso se adotado o critério psicológico, já que, quanto ao menor, adotou-se o critério

puramente cronológico, biológico ou etário. (GRECO, *Op. Cit.*, p. 448).

Assim, não importa para efeito de inimputabilidade ensejada pela menoridade, que o agente entenda, ou não, o caráter ilícito do ato que pratica, uma vez que a lei presume absolutamente a sua falta de maturidade e a sua correlata inimputabilidade. Significa dizer que, uma vez comprovada a menoridade por documento hábil (documento civil de identificação), o agente será considerado inimputável, ser-lhe-á aplicado o regramento do ECA e, conforme o caso, terá cometido ato infracional, não crime ou contravenção.

## **2.2 Doutrina da proteção integral**

A doutrina da proteção integral realça a imprescindibilidade do respeito à condição de pessoa em desenvolvimento das crianças e adolescentes, revelando serem estes detentores de direitos especiais em razão desta condição diferenciada, sem prejuízo de serem considerados, também, sujeitos daqueles direitos fundamentais atribuídos e reconhecidos aos adultos. (AMIN, *Op. Cit.*, pp. 11-19). Neste contexto, a proteção integral representa a própria evolução desses direitos e assume relevância para assegurar o atendimento de todas as necessidades que o indivíduo menor porventura tenha durante seu florescer. No Brasil, o surgimento de um sistema pautado por nessa proteção, veio a partir do advento da CRFB de 1988 e, posteriormente, do ECA, em 1990, e trouxe inúmeras transformações, evoluindo em relação Código de Menores, que era norteado pela doutrina da situação irregular.

O artigo 227 da CRFB de 1988 declara ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação,

exploração, violência, crueldade e opressão. Por sua vez, logo após o advento da Constituição Federal, a Lei nº 8.069 de 1990, o ECA, foi promulgada, acolhendo, outrossim, expressamente, em seu artigo 3º, a proteção integral, em consonância com as referidas diretrizes constitucionais.

Em suma, pode-se dizer que a proteção integral, tal como adotada no Brasil, exprime objetivos básicos atrelados às garantias do desenvolvimento saudável e da integridade, materializadas em diplomas normativos que propiciam a realização dos primordiais bens da vida imprescindíveis para atingir tal desiderato. (PAULA, 2002, p. 30). No mesmo sentido, as normas voltadas aos menores devem ser interpretadas à luz tal proteção, que irradia seus efeitos por todas as matérias que envolvem interesses de crianças e adolescentes. (ISHIDA, 2014. p. 02).

Nessa esteira, o artigo 143 do ECA, igualmente em consonância com a proteção integral, dispõe ser vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Diferentemente do processo penal, em que a regra é a publicidade dos atos (salvo exceções em que a tramitação deva se desenrolar sob sigilo de justiça), nos processos que envolvem crianças e adolescentes infratores, devido à referida previsão legal, vigora, de modo automático, o sigilo dos atos, como forma de resguardar os interesses dos menores.

Diante disto, questiona-se a possibilidade de valoração de atos infracionais, no âmbito de processos criminais envolvendo o indivíduo infrator já adulto. Atualmente, porém, mormente face à admissão de sua análise para fins de decretação de prisão preventiva, infere-se que os Tribunais Superiores, sobretudo o STJ, têm entendimento de que a proteção garantida pelo ECA, no sentido do sigilo quanto aos atos infracionais, não subsiste ao alcance da maioridade.<sup>7</sup>

---

7 STJ (5ª Turma). RHC 47.671-MS. Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 18.12.2014; e STJ (3ª Seção). RHC 63.855-MG. Rel. para Ac. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11.05.2016.

Conforme a doutrina de Nazir David Milano Filho e Rodolfo César Milano, não se pode olvidar que no contexto de um processo pautado pelo ECA, tudo, “desde a formação da prova, até os dados da vida pessoal e afetiva da Criança e do Adolescente”, deve servir à formação da convicção, principalmente quando se tratar da apuração de ato infracional, “com a devida avaliação dos interesses, para aplicação de medida adequada, alcançando a ressocialização, prevalecendo em casos de internação e semiliberdade”, mas sem descuidar do interesse da sociedade, “para a garantia também da ordem pública (...)”.(MILANO FILHO; MILANO, 1996, p. 28).

Portanto, muito embora a proteção integral seja de todo louvável, a inexistência de direitos absolutos e a necessidade de se salvaguardar, também, os interesses da sociedade, sobretudo diante da personalidade ainda desviada do indivíduo adulto que persiste afrontando a lei penal, enfraquecem a linha defensiva de que o sigilo quanto aos atos infracionais deve persistir por toda a vida.

### **3 ASPECTOS RELEVANTES DA DOSIMETRIA DA PENA**

#### **3.1 Princípio da individualização e sistema trifásico de cálculo da pena**

O Decreto-Lei 2.848 de 1940, atual Código Penal brasileiro – CPB, seguindo tendência moderna, apresenta critérios para que o magistrado possa, levando em conta diversas circunstâncias, e dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, valer-se de seu livre convencimento, devidamente motivado, na fixação da pena. Este é o sistema que possibilita ao julgador a faculdade controlada de decidir, dentre as modalidades e quantidades previstas, qual a sanção mais adequada ao agente, sem olvidar a gravidade objetiva do crime ou as suas peculiares consequências. Nas palavras de Nucci, trata-se da “fiel aplicação do princípio da individualização da pena, evitando-se

a sua indevida padronização.” (NUCCI, 2013, p. 468).

Importa assinalar que a individualização da pena está consagrada no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, compondo direito individual e, por conseguinte, cláusula pétrea, sem prejuízo de sua repetição e detalhamento em diplomas normativos infraconstitucionais, a exemplo do CPB, que traz em seus artigos 29 e 59 exemplos de disposições voltadas a garanti-lo.

Nessa ordem de ideias, e inspirado nas lições de Néelson Hungria, (PRADO; CARVALHO, 2017, p. 393). o CPB adotou, conforme se depreende do art. 68, o chamado sistema trifásico, no qual a pena a ser aplicada somente exsurge após o magistrado percorrer, criteriosamente, três fases distintas: 1. fixação da pena-base; 2. fixação da pena provisória; e 3. fixação da pena definitiva. (GRECO, *Op. Cit.*, p. 621).

Assim, enquanto na segunda fase – fixação da pena provisória – serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, na última – fixação da pena definitiva – , as causas de diminuição e de aumento, ao estabelecer pena-base, o juiz deverá, por expressa previsão legal, observar os critérios do art. 59 do CPB.

Para o presente estudo, analisaremos apenas a primeira fase da dosimetria da pena, porquanto seja, como veremos, o ponto ao qual cinge-se a possibilidade de valoração dos atos infracionais.

### **3.2 Fixação da pena-base**

Conforme sobredito, seguindo as diretrizes do artigo 68 do CPB, enquanto na segunda fase serão consideradas eventuais circunstâncias atenuantes e agravantes e, na última, causas de diminuição e de aumento, ao estabelecer pena-base, o magistrado deve atentar para os critérios do artigo 59 do CPB.

Esse *iter* a ser percorrido pelo magistrado homenageia o princípio da individualização da pena, na medida que a quantidade da pena imposta ao autor do delito deve ter, em suma e de fato, seu *quantum*

singularizado dentro das balizas legais considerando as peculiaridades tanto do fato quanto de seu autor.

Assim é que, em relação à pena-base, de acordo com o mencionado artigo, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, o juiz deve estabelecer, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e *prevenção* do crime, as penas aplicáveis dentre as cominadas e a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

Ao juiz incumbirá, portanto, perscrutar elementos capazes contribuir para o exato conhecimento da índole do agente do fato, tais como seu currículo, suas condições de vida (individual, familiar e social), a sua conduta (pretérita, contemporânea e posterior ao delito), e o grau periculosidade que demonstra, o qual permitirá avaliar sua maior ou menor propensão à reiteração criminosa.

Nessa ambiência é que se insere o objeto de nosso estudo, vez que é no bojo das circunstâncias do artigo 59 e da sua exortação a que o julgador atue para prevenir novas práticas delitivas que se situa, conforme demonstraremos a seguir, a possibilidade de valoração dos atos infracionais, a fim de influir na dosimetria da pena.

Por tudo o que expusemos até aqui, emerge clara a conclusão de que o passado infracional do agente maior não pode ser ignorado. Entretanto, na busca pelo momento e circunstância em que ele deve ser valorado, é preciso ter cautela, para não incorrer em erro.

Na terceira fase da dosimetria da pena, observam-se causas de aumento e diminuição, gerais e especiais, às quais os atos infracionais não se amoldam, à míngua de previsão legal. Na segunda fase, temos que, entre as circunstâncias agravantes previstas no artigo 61, está a reincidência. Entretanto, uma vez não se tratando de crime, é pacífico o entendimento de que o ato infracional não pode ser considerado para tal fim. Este, aliás, o mesmo motivo pelo qual não pode ser enquadrado como mau antecedente, a ser tido em conta na fixação da pena-base.

Por outro lado, ao nos determos um pouco mais na primeira fase, observamos que, dentre as demais circunstâncias elencadas pelo artigo 59, e que devem ser aquilatadas neste momento da dosimetria, há pelo menos duas que, desde um primeiro olhar, poderiam ensejar a análise do passado infracional do autor. Ocorre que, superada a ideia de que o sigilo acerca dele deva prevalecer após a maioridade, abre-se a discussão acerca da possibilidade de que tal prática possa passar a ser considerada, a fim de auxiliar o juiz a desnudar os contornos ou da *conduta social* ou da *personalidade* do agente maior, quando da estipulação de sua pena-base.

Quanto à conduta social, entende-se que esta se refere à forma como o indivíduo se porta perante a sociedade, (GRECO. Op. Cit., p. 627) isto é, se possui vícios ou não, se é ordeiro ou desordeiro, se é, ou não, um membro respeitado da comunidade em que inserido etc.

Já a personalidade, sendo um conceito não propriamente jurídico, mas emprestado da psicologia, da psiquiatria e da antropologia “deve ser entendida como um complexo de características próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito”. (TELES, 1996 *apud* GRECO 2005 p. 628).

Isto dito, adiantamos – para fundamentar nos capítulos posteriores – nossa conclusão de que, admitida tal possibilidade, caminhará melhor o julgador ao valorar os atos infracionais como preditores da personalidade do criminoso, isto é, como sinalizadores de sua tendência à reiteração criminosa, evidentemente atendendo a critérios que norteiem essa valoração de modo justo e racional. É, aliás, o que vem ocorrendo em relação à prisão preventiva, quando o magistrado avalia se o agente, em liberdade, vulnera a ordem pública, conforme esmiuçaremos no tópico seguinte.<sup>8</sup>

---

8 STJ. RHC 55.996-BA. Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe - 04.03.2016.

## 4 VALORAÇÃO DOS ATOS INFRACIONAIS NA MAIORIDADE

### 4.1 O exemplo do tratamento dado ao passado infracional do agente no âmbito da prisão preventiva

A partir de estudos pioneiros – e, até certo ponto, polêmicos – realizados por Francis Galton, pode-se dizer que hoje há razoável consenso acerca de que a personalidade é determinada tanto por componentes hereditários, quanto por aspectos relacionados à criação.<sup>9</sup> Entretanto, é pelos seus atos e omissões que um indivíduo dá a conhecer suas tendências. Isto é: as escolhas do agente determinam a forma como sua personalidade poderá ser observada e avaliada externamente.

Assim, uma vez que a personalidade de um indivíduo é demonstrada ao longo de toda a sua vida, não há lógica em adotar, quanto a ela, uma visão artificial e forçadamente compartimentada a partir de um marco etário predefinido. Outra não é a conclusão que se extrai da advertência feita no âmbito do STF, em decisão monocrática da lavra do ministro Luiz Fux, na qual este aduz que, em prevalecendo o argumento de que “a prática de atos infracionais na menoridade não se comunica com a vida criminal adulta”, tornar-se-ia imperioso admitir “o absurdo” de que ao autor é dado reiterar nas condutas afrontosas à lei logo após alcançar a maioridade, “sem que se lhe recaia a possibilidade de ser preso preventivamente.” E continua, para afirmar que “a possibilidade real de reiteração delituosa constitui, fora de dúvida, base empírica subsumível à hipótese legal da garantia da ordem pública.”<sup>10</sup>

No mesmo sentido, julgados do STJ, sobretudo da 5ª Turma, firmaram importante jurisprudência admitindo que a prática de atos infracionais pretéritos serve para justificar seja a decretação, seja a

<sup>9</sup> Vários colaboradores. O Livro da Psicologia. Trad. HERMETO, Clara M. e MARTINS, Ana Luísa. Globo: São Paulo, 2012, p. 28-29.

<sup>10</sup> STF. Decisão monocrática. RHC 134121 MC-DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20.04.2016.

manutenção da prisão preventiva do infrator adulto, como garantia da ordem pública, face à constatação de que o indivíduo é perigoso. Nesta linha, o RHC 47.671-MS (DJe - 02.02.2015); o RHC 60.213-MS (DJe - 03.09.2015); o HC 315.618-SP (DJe - 18.11.2015); e o RHC 55.996-BA (DJe - 04.03.2016).

Por sua vez, ancoradas em diversos precedentes colacionados nos votos, todas as decisões aqui mencionadas, apontam que isso se justifica diante do fato de que a prática de atos infracionais pode ser avaliada como indicador de que o agente possui tendência criminosa, capaz de gerar fundado receio de reiteração. Igualmente, em julgados desta ordem, é corriqueira a utilização do termo *personalidade* para se referir à demonstração da periculosidade do agente (RHC 55.996-BA (DJe - 04.03.2016)).

A par disso, a fim de sanar divergência ainda existente entre suas Turmas, foi afetado à 3ª Seção o RHC 63.855-MG, julgado em 11.05.2016. Neste, igualmente, afirmou-se a possibilidade de valoração dos atos infracionais a fim de embasar um “prognóstico de recidiva delitiva e periculosidade”, a partir da vida pretérita e “personalidade” do agente.

Na oportunidade, a 3ª Seção firmou orientação no sentido de que, se os atos infracionais não servem, como, aliás, já advertimos, como “antecedentes penais” ou “para firmar reincidência”, exatamente por não configurarem crimes, “não podem”, por outro lado, “ser ignorados para aferir a personalidade e eventual risco que sua liberdade plena representa para terceiros.” (destacamos).

No referido RHC, oriundo da 6ª Turma, cuidando de prisão preventiva, o ministro Rogério Schietti Cruz, relator para acórdão, inclusive, apontou critérios a serem tomados em conta para que um ato infracional possa ser utilizado a fim de estabelecer a periculosidade e, assim, justificar a prisão cautelar na modalidade preventiva. Desta forma, conforme colocado pelo referido ministro, para saber se o ato infracional é idôneo ou não a ser considerado quando da decreta-

ção ou da manutenção da prisão preventiva, a autoridade judicial deverá examinar: 1. a efetiva comprovação do cometimento do ato infracional; 2. a gravidade específica deste, não bastando o fato de equivaler a crime considerado em abstrato como sendo grave; e 3. o lapso temporal decorrido entre o ato infracional e o crime em razão do qual se pretende decretada ou mantida a preventiva.

Na visão defendida pelo ministro, portanto, se entre o cometimento do ato infracional e o do crime decorresse grande espaço de tempo, isto teria o condão de fazer com que referido ato perdesse relevância no momento de se analisar a periculosidade presente do autor dos fatos.

Por outro lado, cabe ponderar que, ainda na mesma oportunidade, a própria 3ª Seção se posicionou no sentido de que os registros sobre o passado do agente “não podem ser desconsiderados para fins cautelares”. Isto porque “a avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social.” (destacamos).

Assim, diante disso e do mais que aqui expusemos, concluímos que, na verdade, mostra-se sobremaneira arriscado tentar predizer que, apenas pelo decurso de determinado período de tempo sem que se tenha notícias da reiteração da conduta transgressora, tenha-se operado, necessariamente, uma mudança para melhor no agente.

Quanto aos dois outros critérios apontados pelo ministro relator, entendemos que, ante a efetiva comprovação do cometimento do ato infracional, de fato, a gravidade deste deve ser avaliada conforme o caso concreto, como pressuposto lógico para que se afira se da passagem se pode concluir pela tendência delitiva do agente.

Por sua vez, ainda que não haja enfrentado o tema em seu colegiado, também no âmbito do STF existem decisões recentes confirmando a possibilidade de utilização de atos infracionais pretéritos como fundamento para a prisão preventiva, a exemplo da já citada

decisão monocrática do ministro Luiz Fux e do igualmente singular *decisum* do ministro Dias Toffoli (relator) no HC 140797-SP, julgado em 22.02.2017.

Assim, os avanços, precedentes e balizas firmados no sentido da admissão da valoração de atos infracionais, a fim de aquilatar a periculosidade do agente, para fins de prisão preventiva, abrem a possibilidade de que o mesmo ocorra – e com razoável segurança – em relação à dosimetria da pena, conforme esmiuçaremos a seguir.

#### **4.2 Enquadramento dos atos infracionais como indicativos de personalidade**

Após oscilar bastante e abrir oportunidade para muita discussão, a jurisprudência dos Tribunais superiores vem-se consolidando, no âmbito cautelar, de modo favorável à valoração dos atos infracionais para fins de prisão preventiva. Essa possibilidade refere-se à demonstração de periculosidade do agente, de modo que, nos próprios julgados que citamos no capítulo anterior, não é raro que se chegue a afirmar que esta é avaliada no contexto da personalidade.

Mais que isso, ao julgar o RHC 63.855-MG (no intuito de sanar divergência entre suas Turmas), conforme demonstramos, a 3ª Seção firmou orientação no sentido de que os atos infracionais servem para aferir a “personalidade” e o eventual risco que a liberdade plena do agente representa para terceiros. Este posicionamento é, inclusive, citado em decisão monocrática do ministro Luiz Fux (STF. RHC 134121 MC-DF).

A despeito de ser um quesito demasiado subjetivo, é consenso doutrinário que são características que pesam negativamente na avaliação personalidade traços como maldade, agressividade, covardia, frieza, insensibilidade, egoísmo dentre outros.

Assim, uma vez que a personalidade de um indivíduo é demonstrada por indícios que permeiam toda a sua vida, mostra-se, de

fato, incoerente querer seccioná-la, tomando como marco divisor a maioria. Significa dizer: as vozes que defendem a impossibilidade de valoração dos atos infracionais a fim de orientar conclusões do magistrado acerca da personalidade do delinquente ignoram que esta é um *continuum*, acompanhando o indivíduo por toda a sua existência, sem solução de continuidade a partir dos dezoito anos. Do contrário, como aferir tal personalidade à 00:01 do décimo oitavo natalício de um indivíduo?

Não se pode querer observar o infrator da lei como se fosse um antes e outro, inteiramente novo, após o seu aniversário de dezoito anos. Acertado, portanto, o raciocínio que vem orientando as recentes decisões do STF e do STJ acerca da matéria.

Avançando na análise do tema, entremostra-se coerente que, uma vez admitido, no âmbito dos Tribunais Superiores, que os referidos atos se prestam a demonstrar a periculosidade e a tendência criminosa do agente, possibilitando sua prisão cautelar, a bem da ordem pública, não há como negar que o mesmo efeito deverá ocorrer em relação à apreciação da personalidade deste, quando da fixação da pena. É ilógico considerar alguém perigoso para fins cautelares e não poder utilizar os mesmos elementos que formaram tal convicção na análise das circunstâncias judiciais.

Emerge, portanto, intuitiva a irradiação, no âmbito da dosimetria da pena, do entendimento exposto no capítulo anterior. Em assim sendo, o juiz pode – e a nosso sentir *deve* –, apoiado nestas conclusões, levar os atos infracionais praticados pelo indivíduo em consideração, no momento da fixação da pena-base do adulto transgressor da lei penal, justamente por serem indicativos da personalidade do agente, na esteira da jurisprudência citada – circunstância presente no art. 59 do CPB.

Ainda por outro ângulo, consoante demonstrado no capítulo 2.2, é, realmente, na primeira fase da dosimetria da pena que se encaixa a análise dos atos infracionais. E quando nos debruçamos sobre a

fixação da pena-base, ao buscar enquadrá-los em uma das circunstâncias do artigo 59 do CPB, de fato, estes de logo emergem como patentes indicativos da personalidade, porque se mostram como excelentes sinalizadores justamente de uma eventual tendência criminógena do indivíduo. Muito embora se pretenda, por vezes, enquadrá-los como denotadores de má conduta social, consoante já bosquejado, este não é o melhor caminho a trilhar, vez que esta se prende ao proceder do indivíduo perante a sociedade, não necessariamente perante a lei. A personalidade, por sua vez, possuindo conceito bem mais profundo e abrangente, permite, mediante sua análise, concluir, ou não, pelas transgressões pretéritas do indivíduo, se seu comportamento desviante tende à reiteração.

A aplicação do mínimo penal, em relação à pena-base, para ser justa, deve adstringir-se aos casos em que todas as oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 forem favoráveis ao autor do fato. (NUCCI, *Op. Cit.*, p. 468). Nessa esteira, de acordo com o posicionamento por nós defendido, o cometimento de atos infracionais, levado em conta como indicativo da personalidade, após prudente apreciação do magistrado, em cotejo com outros elementos dos quais disponha, caso se mostre forte o suficiente, será hábil a elevar a pena-base, influido, portanto, no montante final. Em assim sendo, observa-se que tal análise renderá homenagem, ainda, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além da individualização.

Em apoio a essa proposição, aliás, citamos, em sede de STF, o HC 97056-DF<sup>11</sup>. Neste julgado, o ministro Ricardo Lewandowski, relator, salientou, tal como por nós defendido, que os atos infracionais podem e devem, sim, ser levados em conta na avaliação da *personalidade* do agente, *quando da dosimetria da pena*, observadas a “proporcionalidade, a razoabilidade e a individualidade”, desde que em conjunto com a análise de outras circunstâncias.

---

<sup>11</sup> STF. HC 97056-DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 08.09.2009.

## 5 CONCLUSÃO

Crianças e adolescentes, no Brasil, são penalmente inimputáveis e sequer cometem crimes ou contravenções. Quando praticam condutas análogas a estas figuras, concretizam, pela dicção do artigo 103 de seu Estatuto próprio, atos infracionais, a partir dos quais recebem tratamento processual, repressivo e preventivo peculiares.

O artigo 143 do ECA garante ao menor o sigilo quanto à sua vida infracional. Esta garantia se coaduna com a adoção, pelo Brasil, da chamada doutrina da proteção integral em relação aos menores de dezoito anos, enquanto indivíduos em desenvolvimento.

Diante da abundância de condutas equiparadas a crimes graves perpetradas por crianças e adolescentes, bem assim do fato de estas muitas vezes persistirem na afronta às leis após a maioridade, ignorar o passado infracional do maior dedicado ao cometimento de delitos mostra-se incongruente.

Atento a essa perplexidade, ao fato de que a personalidade é contínua, não se segmentando em passada e presente a partir da maioridade, e à necessidade de salvaguardar a sociedade, os Tribunais Superiores, sobretudo o STJ, vêm sedimentando o entendimento de que a garantia do sigilo deve subsistir apenas enquanto perdurar a menoridade. Atingida a idade de dezoito anos, portanto, ela cessa. Tal posicionamento vem sendo adotado quando da análise dos atos infracionais para fins cautelares, especificamente no âmbito da prisão preventiva, a bem da ordem pública, com base na periculosidade do agente, prevalecendo a sua admissão. Consequência lógica disso é a possibilidade de valoração dos mesmos atos quando da dosimetria da pena do indivíduo adulto, pois onde repousam os mesmos motivos não é razoável adotar solução distinta. Cabe, todavia, ainda, aos Tribunais Superiores a tarefa de firmar jurisprudência “estável íntegra e coerente”<sup>12</sup> neste sentido, a fim de pacificar a matéria.

---

<sup>12</sup> Artigo 926, *caput*, da Lei nº 13.105 de 2015 – Código de Processo Civil.

Utilizado em julgados acerca da prisão preventiva especificamente o vocábulo *personalidade*, sabemos que esta é uma das circunstâncias a ser analisada no bojo do art. 59 do CP, isto é, na fixação da pena-base. Ademais, observadas todas as possibilidades, exsurge claro que é nessa fase da dosimetria e nessa circunstância que melhor se enquadra a possibilidade de valoração da vida infracional do agente do fato quando do cálculo que se volta individualizar sua pena. Esta linha de raciocínio encontra guarida na posição adotada pelo relator, ministro Ricardo Lewandowski, no HC 97056-DF (STF).

Assim sendo, o cometimento de atos infracionais, levado em conta pelo juiz como indicativo da personalidade, poderá elevar a pena-base, influenciando, ao final, no *quatum* da pena aplicada. De conformidade com tal linha de raciocínio, perscrutar a vida pregressa do agente, desde antes da maioridade, a fim de desnudar suas tendências, respeita os ditames do artigo 59 do CPB e homenageia o princípio da individualização da pena, bem assim o caráter preventivo desta, voltando-se ao ideal de justiça.

Ao assim agir, o magistrado estará atuando em estrita conformidade com os ditames da lei, bem assim com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além de prestigiar adequadamente não só a repressão, como também, a prevenção, desencorajando a prática de atos infracionais. Outra não pode ser a conclusão a que se chegue, se levado em conta que o caminho da sensatez e da prudência não passa por ignorar toda a vida pregressa do agente, a partir de sua maioridade, como se esta começasse ou recomeçasse, necessariamente e como num passe de mágica, aos dezoito anos completos.

## THE INFRACTION ACTS AND THE DOSIMETRY OF THE PENALTY OF CRIMES

### ABSTRACT

With the advance of the debates on the subject, the thesis that the protection guaranteed by the ECA, in the sense of secrecy regarding the infraction acts does not prevail before reaching the age of majority gained traction. So come up the possibility of considering them in order to support the analysis of the personality of the major agent, thus assessing their propensity to reiterate delinquent practices. Regarding the breach of public order and the possibility of ordering, basing on this, the preventive detention of the agent, the subject is reasonably mature. It remains to be seen if the trend will consolidate, as well as whether such sedimentation will radiate to dosimetry of the penalty in relation to the analysis of the circumstances that should guide the penalty fixation.

**Keywords:** *infractions acts; full protection; penalty dosimetry; principle of individualization of sentence.*

### REFERÊNCIAS

- AMIN, Andrea Rodrigues. **Doutrina da Proteção Integral**. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.).
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral, volume 1. 6. Ed. Saraiva: São Paulo, 2000.
- BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal**. Forense: 2008.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- DE MORAES, Bianca Mota de; e RAMOS, Helaine Vieira. **A Prática de Ato Infracional**. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.) 2006.
- HUNGRIA, Néilson. **Novas questões jurídico-penais**. Jacintho: Rio de Janeiro, 1940.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência, 15 edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

MILANO FILHO, Nazir David e MILANO, Rodolfo César. Estatuto da criança e do adolescente: comentado e interpretado. LEUD: São Paulo, 1996.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada.** Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

PRADO, Luiz Regis; e CARVALHO, Érika Mendes de (Colab). **Curso de Direito Penal Brasileiro** – Volume I. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.

## SÍTIOS ELETRÔNICOS

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

# A Importância do Planejamento nas Contratações Públicas: Prevenção de Falhas e Efetividade nos Resultados<sup>1</sup>

*Claudia Lucio de Medeiros<sup>2</sup>*

## RESUMO

O processo de contratação pública compreende três fases importantes: planejamento, seleção da melhor proposta, e execução contratual. A nova visão de processo centraliza a ideia de que o planejamento consiste na etapa mais importante, porquanto todas as demais estarão condicionadas à descrição correta e adequada do que se pretende contratar. Do contrário, um planejamento inadequado acarreta incidentes indesejáveis, como aditamentos contratuais desnecessários, contratações emergenciais decorrentes de desídia ou má gestão, dentre outras práticas arbitrárias e lesivas ao dinheiro público. Este artigo apresenta uma abordagem sobre os principais aspectos inerentes ao processo de contratação pública. A metodologia utilizada deu-se por meio de levantamento da legislação vigente, assim como das melhores práticas recomendadas pela doutrina e jurisprudência. Por meio do presente estudo, infere-se que é necessário reconhecer a importância do planejamento no processo de contratação pública, porque viabiliza a boa gestão dos recursos públicos, mediante a prevenção de falhas e supressão de incertezas.

**Palavras-chave:** *Contratação Pública. Planejamento. Prevenção de Falhas.*

---

<sup>1</sup> Data de recebimento: 30/10/2017. Data de aceite: 19/01/2018.

<sup>2</sup> Servidora do Ministério Público do Estado do Ceará, lotada na Comissão Permanente de Licitação. Graduada em Ciências da Computação, pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. Graduada em Direito, pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Público com foco em Direito Processual, pela Faculdade Darcy Ribeiro. Especialização em andamento em Licitações e Contratações Públicas, pelo Centro Universitário 7 de Setembro. E-mail: cldmedeiros@yahoo.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública necessita contratar particulares para assegurar o atendimento a demandas essenciais básicas, que viabilizem a execução de suas atividades institucionais direcionadas à satisfação do interesse público. É o que ocorre, por exemplo, na aquisição de bens e produtos, prestação de serviços, locação de imóveis, realização de obras e reformas, dentre várias outras situações.

Ao contrário dos particulares, que possuem ampla liberdade de escolha, o Poder Público não pode contratar diretamente com particulares (salvo hipóteses excepcionais previstas em lei), uma vez que o gasto de verbas públicas requer uma série de regras e procedimentos a serem executados de forma padronizada, os quais refletem a necessidade de rigoroso controle da aplicação do dinheiro público.

A expressão “contratação pública” possui sentido abrangente, sendo equivocado considerá-la como o contrato administrativo celebrado entre a Administração e o particular, ou, ainda, como o procedimento licitatório realizado pela instituição.

A finalidade essencial do processo de contratação pública é satisfazer a necessidade da Administração, obtendo-se a melhor relação custo-benefício mediante tratamento isonômico a terceiros interessados em firmar contrato com o Poder Público.

A licitação consiste no procedimento administrativo que visa à seleção da proposta mais vantajosa, devendo balizar-se por determinados princípios e regras objetivas, respeitando-se, ainda, a isonomia entre os participantes.

O processo de contratação pública, por sua vez, compreende as seguintes fases: o planejamento daquilo que a Administração pretende adquirir (fase interna); a seleção da proposta mais vantajosa, apurando-se, além disso, as condições pessoais dos licitantes (fase externa); e, por fim, a fase contratual, na qual a obrigação é cumprida pelo contratado, que, por sua vez, recebe a contraprestação da Administração.

Sem o conhecimento efetivo e preparo formal dos procedimentos necessários à contratação almejada, a Administração poderá estipular exigências inúteis e desnecessárias, que acarretem práticas arbitrárias e lesivas ao dinheiro público.

Com efeito, verifica-se que as principais falhas nos processos de contratação decorrem de planejamento inadequado ou mesmo ausente, resultando em diversos incidentes indesejáveis, como obras inacabadas, aditamentos contratuais desnecessários, contratações emergenciais decorrentes de desídia ou má gestão, prazos de vigência contratual prorrogados de forma excepcional, dentre várias outras problemáticas que podem acarretar a responsabilização dos agentes públicos envolvidos.

A efetividade dos resultados no processo de contratação, ou seja, o atendimento à necessidade da Administração associado ao menor dispêndio de recursos financeiros, normalmente decorre de um planejamento adequado, que deve envolver os seguintes aspectos fundamentais: identificação da necessidade, definição integral do encargo (obrigação), redução dos possíveis riscos e fixação adequada das regras para seleção da melhor proposta, a serem previstas no instrumento convocatório.

Em síntese, o presente trabalho faz uma abordagem sobre os principais aspectos inerentes ao processo de contratação pública, consistentes na elaboração do Termo de Referência / Projeto Básico, da pesquisa de preços, e na descrição do objeto, os quais foram relacionados em subtópicos. A metodologia utilizada deu-se por via de um levantamento da legislação vigente, e das melhores práticas recomendadas pela doutrina e jurisprudência.

## **2 A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO NAS CONTRATAÇÕES**

A atividade contratual do Estado foi basicamente regulada por duas leis fundamentais: a Lei 8.666/1993, considerada a lei geral de

licitações, que possui uma ampla disciplina para todos os tipos de contratação, e a Lei 10.520/2002, que introduziu a modalidade pregão e deve ser utilizada para aquisição de bens e serviços comuns. Todavia, em ambos os casos percebe-se a omissão do legislador pátrio em tratar do planejamento, uma vez que o maior enfoque foi direcionado ao procedimento licitatório, que consiste na fase externa do processo de contratação, e no caso da Lei 8.666/93, também vieram disciplinadas as normas para celebração de contratos com a Administração Pública.

A importância da fase interna nos processos de contratação pública restou inicialmente evidenciada no art. 2º da Instrução Normativa 02/2008 (editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - SLTI/MPOG), a qual tratava das regras e diretrizes para a contratação de serviços (continuados ou não), mas que veio recentemente a ser revogada pela Instrução Normativa nº 05 de 2017, publicada em 26 de maio de 2017, por parte do MPOG. O art. 2º da IN 02/2008 previa o seguinte:

Art. 2º As contratações de que trata esta Instrução Normativa deverão ser precedidas de planejamento, em harmonia com o planejamento estratégico da instituição, que estabeleça os produtos ou resultados a serem obtidos, quantidades e prazos para entrega das parcelas, quando couber.

Atualmente, a nova IN 05/2017 dispõe de forma bem definida e explícita sobre o planejamento da contratação, que passou a receber tratamento próprio, em mesmo grau de importância que as demais etapas, quais sejam, a seleção do fornecedor e a gestão do contrato.

Mendes (2012, p. 29-30) assevera que a nova visão de contratação pública considera o processo de forma ampla, integrada e com precisão, além de estruturada em três fases distintas: a fase interna, de planejamento; a fase externa, que seleciona a melhor proposta

para a Administração, em termos de custo-benefício; e a terceira fase, de execução contratual.

A fase interna destina-se a realizar o planejamento da contratação, a definir o melhor modelo, a fixar o encargo, a reduzir os possíveis riscos e a formalizar todas as condições no edital. A fase externa visa a apurar as condições pessoais dos licitantes e a identificar a melhor relação benefício-custo para a Administração. Na fase contratual, o encargo é cumprido pelo contratado e a remuneração (preço) é paga pela Administração. (MENDES, 2012, p. 30)

A nova visão do processo de contratação centraliza-se na ideia de que é o planejamento a fase mais importante, ao contrário da visão tradicional, que prioriza a licitação (fase externa) ou o contrato administrativo.

O mesmo autor esclarece, ainda, que é principalmente na fase de planejamento que surgem os grandes problemas e dificuldades que terão de ser enfrentados, tratando-se da fase mais importante, e da qual as outras fases dependem. Neste sentido assevera:

Essa nova visão parte da certeza de que é o planejamento (fase interna) que condiciona todas as demais fases e etapas do processo e determina ou não o sucesso da contratação. Logo, ela é a mais importante de todas as três fases, e não a licitação ou o contrato, como se imagina em razão da visão tradicional. (MENDES, 2012, p. 30).

Segundo Vareschini ([201-], p.01), a melhor forma de evitar as falhas mais frequentes nos processos de contratação, ocorre mediante um planejamento minucioso, que permita à Administração, em síntese:

- a) identificar suas principais necessidades;
- b) definir adequadamente os quantitativos que serão necessário para o atendimento da demanda;
- c) averiguar a periodicidade da contratação e o cabimento do

Sistema de Registro de Preços;

d) delimitar adequadamente o objeto, definindo características específicas que atendam a necessidade da instituição, mas com a devida cautela para não restringir indevidamente a competitividade;

e) realizar ampla pesquisa de mercado para estimar o preço da contratação.

Para o alcance desses objetivos, torna-se imprescindível a elaboração do Termo de Referência, o qual servirá de parâmetro para a elaboração do Edital, e deverá descrever, de forma precisa e adequada, quais as necessidades da Administração e os termos da contratação almejada.

## **2.1 Termo de Referência e Projeto Básico**

Termo de Referência é um documento formal, prévio ao procedimento licitatório, no qual deve constar todas as informações essenciais à pretensa contratação, como a descrição pormenorizada do objeto, a justificativa da necessidade e as principais obrigações entre as partes. Representa um dos instrumentos mais importantes do planejamento, em qualquer espécie de contratação, uma vez que repercute em todas as etapas posteriores, de forma positiva ou negativa, a depender da qualidade de seu conteúdo.

Termo de Referência deve conter todos os elementos capazes de definir o objeto, de forma clara, concisa e objetiva, bem assim com nível de precisão adequado para caracterizar o bem ou o serviço.

Tem função similar à do projeto básico exigido para as demais modalidades de licitação, porém de forma mais simples, em razão da natureza comum que deve revestir o objeto a ser contratado por pregão. (BRASIL, 2010, p. 79).

Esse documento deverá ser elaborado pelo setor requisitante da demanda, em conjunto com a área de compras, e aprovado pela

autoridade competente responsável pela autorização do procedimento licitatório.

A expressão “termo de referência” somente surgiu no momento de regulamentar a modalidade pregão, a partir do Decreto nº 3.555/2000, precisamente através dos incisos I e II do art. 8º, que assim dispõem:

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

(...)

Por conseguinte, o Decreto nº 5.450/2005, que veio a regulamentar o pregão na forma eletrônica, também apresentou a seguinte definição para Termo de Referência:

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

(...)

§ 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

Antes disso, nem a Lei 8.666/1993 nem a Lei 10.520/2002 utilizaram essa expressão. No caso da lei geral de licitações, o termo

utilizado foi “Projeto Básico”, conforme definição prevista no art. 6º, inciso IX:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.

O art. 7º, §2º, inciso I daquele mesmo dispositivo legal, por sua vez, determinou a existência de Projeto Básico para os casos de obras e serviços em geral; todavia, no que se refere à aquisição de bens, não houve exigência expressa dessa espécie de documento, mas de adequada caracterização do objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento.

A partir do exposto, observa-se que “Projeto Básico” foi a expressão utilizada na lei geral de licitações, enquanto “Termo de Referência” foi o termo apresentado, inicialmente, pelo Decreto nº 3.555/00 que regulamentou o pregão, e, posteriormente, pelo Decreto nº 5.450/05 que regulamentou o pregão na forma eletrônica, sendo esta a principal diferença entre as expressões. Todavia, ambas possuem, em essência, a mesma finalidade, que consiste em definir o objeto da contratação de forma clara, sucinta e suficiente, trazendo todas as informações necessárias e relevantes à contratação.

A elaboração do Termo de Referência é uma atividade por vezes complexa, que requer estudos específicos sobre o objeto e quanto às práticas do mercado. Eventuais falhas, omissões ou exigências desnecessárias nesse documento podem ocasionar licitações ineficazes, restrição indevida da competição, ou, ainda, acarretar o desperdício de recursos públicos, pelo risco de se afastar propostas

mais vantajosas à Administração. Portanto, é recomendável que o Termo de Referência seja elaborado por um profissional ou equipe multidisciplinar, que detenha amplo conhecimento sobre as especificações do produto que se tenciona adquirir, ou do serviço que se pretende contratar, a fim de se evitarem incidentes posteriores que comprometam o sucesso da contratação.

## 2.2 Descrição do Objeto

A definição do objeto representa uma das atividades mais complexas e relevantes no processo de contratação, uma vez que possui relação direta com outras providências importantes de etapas distintas. Em razão do objeto e de sua natureza, define-se a modalidade da licitação, o valor estimado da contratação, assim como exigências relacionadas aos requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira.

A lei geral de licitações, em seu artigo 14, dispõe o seguinte:

Art. 14. Nenhuma compra será feita **sem a adequada caracterização de seu objeto** e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa. (grifo nosso).

Do exposto, infere-se que nenhuma aquisição de bens deverá ser deflagrada pela Administração sem a prévia definição daquilo que se pretende adquirir, e sem a devida previsão de recursos para a realização da despesa.

De acordo com Mendes (2012, p.50), existe um princípio fundamental que deve nortear o regime jurídico pertinente às contratações públicas, denominado “princípio da adequação” ou ainda “princípio da adequação das exigências à necessidade”. Segundo o autor, “tal princípio traduz a ideia de que tudo o que for indispensável para garantir a necessidade pode ser exigido na definição do encargo/objeto”.

Sobre a descrição do objeto, Vareschini ([201-], p.07) alerta que é necessário evitar dois graves problemas: uma descrição muito genérica, que implicaria no risco de contratar algo não almejado, e, por outro lado, uma descrição muito específica que pudesse ensejar o direcionamento da licitação ou a restrição indevida da competitividade.

Desta forma, a fim de evitar qualquer problemática mencionada alhures, é imprescindível que o setor requisitante investigue com acuidade o objeto que pretende contratar, assim como as respectivas soluções disponíveis no mercado, atendo-se fielmente à efetiva necessidade da Administração.

Outro princípio importante a ser utilizado na definição do objeto trata da necessidade de padronização, prevista no art. 15, inciso I da Lei 8.666/93. A uniformização de produtos propicia maior eficiência ao serviço público, e também a redução dos custos, mediante obtenção de propostas mais econômicas e vantajosas.

Outra recomendação relevante, com base no art. 15, §7º inciso I da Lei geral de licitações, diz respeito à vedação da indicação de marcas específicas, salvo se houver justificativa técnica plausível. Neste sentido converge a jurisprudência do TCU:

A indicação de marca no edital deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, que demonstrem ser aquela marca específica a única capaz de satisfazer o interesse público. (Acórdão 113/2016 Plenário, rel. Min. Bruno Dantas, 27/01/2016).

A restrição quanto à participação de determinadas marcas em licitação deve ser formal e tecnicamente justificada nos autos do procedimento licitatório. (Acórdão 4476/2016 – 2ª Câmara, rel. Min. Ana Arraes, 12/04/2016).

A fim de afastar a escolha de serviços ou produtos intencionalmente direcionados, ou, ainda, em função de preferências pessoais, em regra a Administração não pode descrever o objeto com a indicação de marcas específicas. Todavia, essa exigência não deve ser confundida quando a Administração faz menção à marca de referência, com a inclusão posterior de expressões do tipo “ou similar”,

“ou equivalente”, “ou de melhor qualidade”.

Em síntese, qualquer exigência na especificação do objeto que possa restringir a competitividade, deve ser devidamente justificada nos autos, de modo a comprovar a efetiva necessidade dessa exigência para a consecução dos objetivos almejados pela Administração.

Impende salientar também a previsão constante no art. 23, §1º da Lei 8.666/93, que trata do parcelamento do objeto. A fim de ampliar a competitividade do certame e possibilitar um melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, a Administração deve buscar o parcelamento do objeto, quando o mesmo for divisível, e não houver prejuízo para a totalidade da licitação. Senão vejamos:

O § 1º do art. 23 da Lei n.º 8666/93 estabelece a possibilidade de a Administração fracionar o objeto em lotes ou parcelas desde que haja viabilidade técnica e econômica. Nos termos do § 2º, o fracionamento da contratação produz a necessidade de realização de diversas licitações. O fundamento do parcelamento é, em última instância, a ampliação da competitividade que só será concretizada pela abertura de diferentes licitações. Destarte, justifica-se a exigência legal de que se realize licitação distinta para cada lote do serviço total almejado. (Acórdão 2393/2006, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, 06/12/2006).

Embora a regra seja o fracionamento do objeto, essa medida somente se justifica e encontra respaldo na lei, quando houver viabilidade técnica e, principalmente, vantagem econômica para a Administração.

### **2.3 Pesquisa de Preços**

O valor da contratação deve ser estimado por meio de pesquisa de mercado. Essa providência possibilita a Administração averiguar a existência de recursos orçamentários para o custeio das despesas, além de aferir a exequibilidade das ofertas apresentadas. Neste último caso, a definição do valor de referência servirá como parâmetro

objetivo para julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes.

Pesquisa de preços é procedimento prévio e indispensável à verificação de existência de recursos suficientes para cobrir despesas decorrentes de contratação pública. Serve de base também para confronto e exame de propostas em licitação. Pesquisar preços é procedimento obrigatório e prévio à realização de processos de contratação pública” (BRASIL, 2010, p. 87).

A forma de pesquisa usualmente adotada pela Administração, porém bastante criticada, consiste em formular consultas diretamente a eventuais fornecedores. Ocorre que, não raras vezes, os orçamentos são apresentados com valores superfaturados, não condizentes com a realidade do mercado. Portanto, a fim de evitar falhas na estimativa de preços, é recomendável que a Administração utilize outros parâmetros em suas pesquisas, como por exemplo, Atas de Registro de Preços vigentes de outros órgãos, Contratos, sistema Banco de Preços, dentre outros.

Sobre o assunto, importa trazer à baila as seguintes decisões do TCU:

Especificações imprecisas, inadequada pesquisa de preços, desclassificação de empresa sem apontar todos os itens do edital não atendidos, incoerência nas respostas apresentadas pelo pregoeiro, adjudicação à empresa vencedora com valores significativamente superiores aos ofertados pela recorrente levam à determinação de anulação do edital”. (Acórdão 1375/2007-Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira, 11/07/2007).

Não é admissível que a pesquisa de preços de mercado feita pela entidade seja destituída de juízo crítico acerca da consistência dos valores levantados, máxime quando observados indícios de preços destoantes dos praticados no mercado. (Acórdão 1108/2007-Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro, 06/06/2007).

É imprescindível a fixação, no edital, dos critérios de aceitabilidade de preços unitários e globais, em face do disposto no art. 40, inciso X, c/c o art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993. Não é possível licitar obras e serviços sem que o respectivo orçamento detalhado, elaborado pela

Administração, esteja expressando, com razoável precisão quanto aos valores de mercado, a composição de todos os seus custos unitários, nos termos do art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, tendo-se presente que essa peça é fundamental para a contratação pelo preço justo e vantajoso, na forma exigida pelo art. 3º da citada lei. (Acórdão 2014/2007 Plenário, rel. Min. Valmir Campelo, 26/09/2007).

Os procedimentos administrativos básicos à realização da pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral foram tratados na Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014, (editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MPOG), a qual veio a ser alterada, posteriormente, pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017, por parte do MPOG.

### **3 CONCLUSÃO**

O planejamento consiste em etapa de grande importância nos processos de contratações pública, porquanto eventuais falhas nessa fase poderão ocasionar resultados inexitosos, ou, ainda, vultoso desperdício de dinheiro público.

O cotidiano das contratações públicas brasileiras reflete muitas falhas no planejamento, com obras inacabadas, ou reiteradas alterações contratuais, seja decorrente da má especificação do objeto a ser contratado, seja pela falta de preparo e profissionalismo dos agentes públicos envolvidos.

Um termo de referência bem elaborado, no qual se verifique uma descrição correta e adequada do objeto, certamente será fundamental para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, em termos de melhor custo-benefício.

Por outro lado, uma pesquisa de preços mal elaborada poderá resultar em licitações inexitosas, ou, inclusive, em contratações des-

vantajosas à Administração, com a utilização de preços superiores àqueles efetivamente praticados no mercado.

A fim de prevenir a ocorrência de falhas e assegurar efetividade dos resultados nos processos de contratação, torna-se imprescindível o conhecimento e adoção das regras e melhores práticas relativas à fase de planejamento, principalmente por parte da área demandante da contratação, que deve sempre contar com o apoio das áreas técnica, jurídica, e de compras da instituição.

A atividade de planejar não é algo fácil, mas, ao contrário, é considerada a fase mais complexa e difícil no processo de contratação, que requer conhecimento e muita informação por parte dos responsáveis em realizá-la, e irá condicionar o sucesso das etapas posteriores.

Portanto, para comprar bem, com qualidade e preço justo, é necessário reconhecer a importância da fase interna no processo de contratação pública, uma vez que viabiliza a boa gestão dos recursos públicos, mediante prevenção de falhas e supressão de incertezas.

## **THE IMPORTANCE OF PUBLIC PROCUREMENT PLANNING: FAILURE PREVENTION AND EFFECTIVENESS IN RESULTS**

### **ABSTRACT**

*The public procurement process comprises three important phases: planning, selection of the best proposal, and contractual execution. The new process vision centralizes that planning is the most important step, since all others will be conditioned to the correct and adequate description of what's intended to be contracted. Otherwise, inadequate planning results undesirable incidents, such as unnecessary contractual additions, emergency contracting resulting from degrading or mismanagement, among other arbitrary practices and harmful to public money. This article presents a study about main aspects inherent in the public procurement process. The methodology used was based on a survey of*

*current legislation, as well as the best practices recommended by the doctrine and jurisprudence. Through the present study, it's inferred that it is necessary to recognize the importance of planning in the public procurement process, since it makes possible the good management of public resources, through prevention of failures and suppression of uncertainties.*

**Key-Words:** *Public Procurement. Planning. Failure Prevention.*

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n ° 3.555, de 8 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. **DOU** de 9 de ago. 2000.

\_\_\_\_\_. Decreto n ° 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **DOU** de 1º de jun. 2005.

\_\_\_\_\_. Lei Federal n ° 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **DOU** de 22 de jun. 1993.

\_\_\_\_\_. Lei Federal n ° 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **DOU** de 17 de jul. 2002.

\_\_\_\_\_. **Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.** Instrução Normativa n° 05, de 26 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

## SÍTIOS ELETRÔNICOS

MENDES, Renato Geraldo. **O Processo de Contratação Pública – Fases, Etapas e Atos.** 1ª ed. Curitiba: Zênite, 2012. 29-30; 50p.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos:** orientações e jurisprudência do TCU. – 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. 79;87p. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A>>. Acesso em: 06 fev.2018.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Planejamento das Contratações e a Elaboração do Termo de Referência.** [201-]. Disponível em: <[https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp\\_id=97](https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=97)>. Acesso em: 23 out.2017.

# O Papel das Normas de Repetição Obrigatória na Autonomia Estadual<sup>1</sup>

*Eduardo Rocha Dias<sup>2</sup>*

*Ana Cristina Viana Loureiro Gonçalves<sup>3</sup>*

## RESUMO

As normas de reprodução obrigatória são aquelas de observância compulsória no texto constitucional estadual e decorrem da subordinação aos princípios consagrados na Constituição da República, de acordo com o comando inserido no Artigo 25, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Cabe ao constituinte decorrente, em relação a tais normas, inseri-las no ordenamento constitucional do Estado, por um processo de transplantação. As normas de repetição obrigatória se espriam no texto constitucional, muitas vezes estando implícitas nele, o que dificulta a missão do exegeta em perceber quando é o caso de sua aplicação ou não. Surgem, então, os seguintes questionamentos: Qual a função das normas de repetição obrigatória? Como identificá-las? Quais paradigmas devem ser adotados para que a aplicação desse princípio não implique num esvaziamento da autonomia do Estado-membro? Responder a estas indagações é importante, na medida em que a aplicação desse princípio incide sobre autonomia estadual e na caracterização do modelo de Estado brasileiro. No desenvolvimento do estudo foram realizadas pesquisas bibliográficas e documentais em artigos de periódicos, livros de doutrina, leis e regulamentações, com o objetivo de ampliar o conhecimento sobre

---

1 Data de recebimento: 15/12/2017. Data de aceite: 19/01/2018.

2 Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR; Procurador Federal. e-mail: [eduardodias@agu.gov.br](mailto:eduardodias@agu.gov.br)

3 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; Analista Ministerial do Ministério Público do Estado do Ceará. e-mail: [cristinaviana1505@gmail.com](mailto:cristinaviana1505@gmail.com)

a matéria, numa abordagem qualitativa, exploratória, descritiva e explicativa. Após a introdução, o texto trata das concepções de autonomia dos entes federados e de normas de repetição obrigatória. Em seguida, apresenta o resultado do levantamento das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal. Concluiu-se pelo papel limitante das normas de repetição obrigatória à autonomia estadual, o que demanda a ponderação no uso dos princípios constitucionais da autonomia e da simetria.

**Palavras-chave:** *federalismo; norma de repetição obrigatória; autonomia estadual.*

## 1 INTRODUÇÃO

As normas de reprodução obrigatória são aquelas de observância compulsória no texto constitucional estadual, e decorrem da subordinação aos princípios consagrados na Constituição da República, de acordo com o comando inserido no Artigo 25, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Ao constituinte decorrente cabe inseri-las no ordenamento constitucional do Estado, por um processo de transplantação. Essas normas estão dispersas no texto constitucional, muitas vezes estando implícitas nele, o que dificulta fixar *a priori* quais são as de aplicação obrigatória ou não. Destaque-se que a Constituição Federal garante a autonomia dos entes federativos, mediante o reconhecimento a eles de poderes de auto-organização, autorregulação e autogoverno. Contudo, essa autonomia não se dissocia do dever de observância aos princípios consagrados na Carta Magna, o que leva à necessidade de compreender a questão da autonomia dos Estados-membros no Brasil, a função das normas de repetição obrigatória, como se identificam tais normas, e o que se deve fazer para que não haja um esvaziamento da autonomia dos Estados-membro.

## 2 DA AUTONOMIA DOS ESTADOS-MEMBROS

Originariamente, o Estado Federal se baseia na associação de vários Estados que consentem em formar um corpo político maior, mantendo, cada um, seu ordenamento jurídico, político e constitucional próprios, de acordo com as normas estabelecidas por uma Constituição (HORTA, 1991, p. 249).

A autonomia dos Estados que a compõem é, portanto, preexistente à criação da Federação:

Esta forma de governo é uma convenção segundo a qual vários corpos políticos consentem em se tomar cidadãos de um Estado maior que pretendem formar. É uma sociedade de sociedades, que formam uma nova sociedade, que pode crescer com novos associados que se unirem a ela. (MONTESQUIEU, 2015, p. 62).

Por meio da celebração do pacto federativo, esses entes autônomos assentem com a formação de um novo Estado, cujas regras de convivência se encontram no documento que o constitui. Tal forma de estabelecimento da Federação é qualificada como federalismo perfeito, e tem como exemplo clássico o modelo federalista adotado nos Estados Unidos, em que se verificou a anuência formal de cada Estado-membro, outrora soberanos, àquela aliança, pela qual cederam parte de sua autonomia a um ente central, mas que ainda se mantêm como entidades federativas autônomas (MIRANDA, 2007, p. 57).

O Estado Federal assenta-se, portanto, numa estrutura de sobreposição – que comporta os poderes políticos locais (isto é, dos Estados federados) – na qual cada cidadão fica simultaneamente sujeito a duas Constituições – à Federal e à do Estado federado a que pertence (MIRANDA, 2007, p. 195).

No Brasil, o federalismo surgiu da transformação de um Estado unitário em Estado federado. A organização do Estado brasileiro

como Federação se iniciou com a Proclamação da República, em 1889, de forma expressamente prevista no Decreto nº 1, de 15 de novembro daquele ano. Aludido texto teve caráter constitucional, pois nele foram estabelecidas novas instituições políticas para o Brasil, sobretudo a república e a federação<sup>4</sup> (MORAES FILHO, 2009, p. 54).

Essa origem centrífuga da Federação ocorreu também na Áustria, onde a assunção de parcela do poder estatal pelos Estados foi reconhecida por lei aprovada pela Assembleia Nacional Provisória, de 18 de novembro de 1918, concedendo certos direitos legislativos às Assembleias Estaduais e sujeitando os governos estaduais ao governo central. A forma federativa foi reconhecida definitivamente pela Lei de 1º de outubro de 1920, sendo a Constituição Federal da Áustria exemplo de “lei de um Estado unitário que se transformou em Estado federativo” (KELSEN, 2013, p. 06), tal como ocorreu no Brasil, em 1891.

O fundamento de validade das Constituições dos Estados-membros, nesses casos, se acha na vontade do Estado unitário, não havendo como se cogitar a soberania plena ou parcial dos Estados-membros, cuja competência deriva diretamente da Constituição Federal, que, também, a concede (KELSEN, 2013, p. 07), cabendo somente reconhecer sua autonomia.

Esse processo de implantação da federação se reflete na tendência centralizadora do poder no plano federal. Com isso, percebe-se a necessidade de distribuir de maneira equilibrada as competências entre os entes federativos, segundo as normas estipuladas na Constituição, a fim de assegurar a descentralização territorial do poder político, evitando a centralização política presente nos Estados unitários (ISMAEL, 2009).

A descentralização do poder político pode ser percebida na Carta de 1988, a qual, dentre outras previsões, estipula que os Estados-

---

<sup>4</sup> Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil (BRASIL. Constituição, 1889).

-membros se organizam e sejam regidos pelas Constituições e leis que adotarem, devendo observar os princípios contidos na própria Constituição Federal (art. 25, CF/1988).

Com a descentralização territorial, o poder passa a ser exercido também pelos Estados federados, aos quais é atribuída autonomia, configurada pela capacidade de ação e vontade própria, segundo parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal. A autonomia confere liberdade de regular a própria conduta, prover e gerir os próprios interesses. Há um poder de organização própria; de estatuir legislação peculiar, de caráter geral, impessoal cogente e abstrato, no seu âmbito territorial; de gerir os próprios negócios, pela ação administrativa do Governador, com base nas competências administrativas, legislativas e tributárias, previstas na Constituição Federal; de organizar seu governo mediante a eleição de representantes, seja no campo Executivo quanto Legislativo, bem como o seu Judiciário (BULOS, 2010, p. 902/903).

### **3 DAS NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA**

A autorização para que os Estados se organizem, e sejam regidos por suas próprias Constituições, e pelas leis que adotarem, decorre diretamente da norma constitucional e nela encontra seus limites. Nessa perspectiva, o poder constituinte dos Estados não é originário, mas decorre da Constituição Federal. Além disso, ao estipular que as Constituições Estaduais devem observar os princípios da Constituição Federal, percebe-se de forma clara que o poder de auto-organização concedida aos Estados não é irrestrito.

O poder constituinte originário é aquele que reflete a ruptura da ordem jurídica existente e cria um novo tipo de Estado, com uma nova Constituição, substituindo a anterior. Ainda que seja o mesmo povo, o mesmo território e que o Estado seja historicamente existente, a manifestação constituinte, ao produzir uma nova Constituição, faz

nascer um Estado juridicamente novo. Significa dizer que o poder constituinte originário não está sujeito a nenhuma imposição jurídica anterior, não conhece limites para atuar. É livre para escolher a forma de organização do Estado, federal ou o unitário, os objetivos do Estado, e os valores devem ser assegurados na Constituição. Não há nenhum comprometimento com a ordem anterior, nem mesmo com o ato de sua convocação.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fixou o agente do poder constituinte decorrente e o prazo para a elaboração das Constituições Estaduais: “Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta” (art. 11). O exercício do poder constituinte estadual é, portanto, exercido por um órgão representativo, cujos membros são eleitos pelo povo, que elabora e promulga a Constituição, no caso, as Assembleias Legislativas.

Com isso, pode-se afirmar que o poder constituinte estadual guarda características semelhantes à do poder reformador: é secundário, subordinado, condicionado e contínuo.<sup>5</sup> Trata-se, portanto, de um poder conferido juridicamente, que não existe por si, visto ter sido criado pelo poder constituinte originário.

Ao contrário do poder constituinte originário, o poder constituinte estadual, embora tenha certa liberdade criativa para elaborar suas Constituições, não inaugura, não instaura, não implanta uma nova ordem jurídica, pois encontra sua base na Constituição Federal. Ainda que esse poder seja incumbido da primeira Carta Constitucional Estadual, ele, necessariamente, conformará os Estados-membros aos critérios estabelecidos na própria Constituição Federal. “A Constituição federativa deve ser composta por Estados da mesma natureza,

---

5 Bulos (2010, p. 411) explica o porquê desses atributos: secundário, porque advém da Constituição Federal; subordinado, por estar submetido aos princípios constitucionais federais; condicionado, pois a alteração das cartas estaduais sujeitam-se aos parâmetros da Constituição Federal; e contínuo, em razão do dever de, ao reformar as Constituições dos Estados-membros, atualizar e complementar a obra do constituinte estadual, sem alterar as suas bases.

principalmente por Estados republicanos” (MONTESQUIEU, p. 63).

Para promover essa conformação dos Estados aos princípios estabelecidos na Constituição Federal, faz-se necessário primeiro compreender quais princípios são aplicáveis compulsoriamente aos Estados. E para compreendê-los, é necessário alcançar uma compreensão da própria norma constitucional “como Constituição política capaz de se converter num plano normativo-material global, que eleja fins, estabeleça programas e determine tarefas”. Mesmo onde a norma parece clara, há necessidade da atividade interpretativa, pois, a princípio, todos os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação (COELHO, 2000, p. 26).

No Estado Federal, os Estados-membros não são soberanos, gozando apenas de autonomia. Isto implica dizer que sua esfera de autodeterminação está sujeita a um conjunto de limitações e restrições. Esse conjunto de limitações extraídas da própria Constituição Federal são denominados normas de observância obrigatória, que nada mais são que normas limitativas da autonomia dos Estados (SILVA, 1997, p. 610).

É interessante perceber certa proximidade entre tal limitação e a chamada *supremacy clause*, existente no federalismo norte-americano. Trata-se da aplicação da previsão do art. VI da Constituição Norte-americana, que prevê que “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados”. Em razão de citado dispositivo, juízes dos Estados devem observar a Constituição Federal e esta, bem como a legislação elaborada com fundamento nela, prevalece sobre a legislação dos Estados-membros. Sobretudo a partir da decisão proferida no caso *McCullosh v. Maryland*, reconheceu-se que tal preeminência decorre, não apenas de poderes expressos, mas também implícitos atribuídos ao Governo Federal.

Assim, o Direito Federal constitui a *supreme law of the land*, mecanismo que no Brasil se manifesta na atribuição de competências à União e também na possibilidade de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais face à Constituição Federal. Merece destaque, porém, entendimento de que a *supremacy clause* também ampararia o controle de constitucionalidade de legislação federal que violasse a autonomia dos Estados-membros (CLARK, 2003, p. 43). Ou seja, ao condicionar a supremacia da legislação federal à sua compatibilidade com a Constituição Federal, ela acaba limitando os poderes da esfera federal, e afirmando uma margem de autonomia para os Estados-membros.

O fundamento jurídico da Federação não se respalda somente na existência de um acordo entre Estados, mesmo porque, também na Confederação, vê-se a celebração de um pacto, mas a caracterização do Estado federativo consiste na sua organização específica, em que os poderes Executivo e Legislativo estão divididos em um órgão central, com competência em todo o território nacional, cuja atividade legislativa participam representantes dos Estados-membros, e em vários órgãos locais, com competência restrita a seus respectivos territórios (KELSEN, 2013, p. 07/08), o que permite classificar as normas em nacionais, federais, estaduais, municipais ou distritais.

A transposição, repetição ou remissão de normas entre ordens jurídicas distintas é fenômeno frequente no federalismo brasileiro, diante da primazia da Constituição Federal sobre as demais ordens jurídicas e o mimetismo normativo decorrente da fragilidade dos entes subnacionais, sendo frequente que as leis fundamentais das ordens estaduais, distritais e municipais reproduzam literalmente enunciados normativos presentes na Constituição Federal ou incorporem, por remissão, conteúdos constantes de enunciados constitucionais nacionais. Essa transposição normativa pode ser implícita ou expressa e, neste último caso, obrigatória ou voluntária. (MODESTO, 2014, p. 202).

As normas que a Constituição Federal determina, explícita ou

implicitamente, que sejam observadas pelo Estado, devem ser transplantadas para as Constituições Estaduais (normas de reprodução), ainda que não sejam transcritas em seu texto, vez que são partes integrantes dessas por determinação de um comando maior.

As normas de reprodução obrigatória revelam um comando limitador do poder constituinte decorrente, responsável pela elaboração das Constituições Estaduais, na medida em que vedam que sejam estabelecidas normas constitucionais estaduais contrárias ou diferentes do paradigma estabelecido na Constituição Federal. Tais normas decorrem da imposição do princípio da simetria, ou do conteúdo nítido de norma com caráter nacional obrigatório.

As normas de reprodução obrigatória, quando expressas, garantem maior estabilidade e segurança às limitações impostas ao poder constituinte decorrente, por serem mais facilmente aferidas. Por exemplo, os artigos 27 §1º, 125 §2º e 75 da Constituição Federal.

Há, também, normas implícitas, a exemplo das regras de repartição de competências previstas na Constituição Federal. É que, a competência, sob o aspecto positivo, consiste numa autorização ou legitimação para a prática de atos jurídicos e, sob o prisma negativo, numa limitação, na medida em que os atos praticados fora do âmbito de competência são inválidos, irregulares ou ineficazes, por excesso ou desvio de poder (MIRANDA, 2007, p. 166). Assim sendo, ao prever que determinadas matérias sejam de competência da União ou dos Municípios, o constituinte promove a exclusão dessas do âmbito de competência dos Estados-membros.

É possível dividir as normas de reprodução obrigatórias quanto à função que desempenham, podendo elas ser normas de vedação ou normas de comando. As primeiras proibem o Estado de adotar determinados atos ou procedimentos. Já as segundas determinam, diretamente, que a Constituição Estadual adote certos princípios em seu texto (SILVA, 1997).

Quanto às demais normas da Constituição Federal, as mesmas

poderão ou não ser copiadas pelos Estados em suas Constituições. As normas de imitação expressam a parcela da autonomia normativa dos Estados-membros, junto com as normas inovadoras, de livre criação do poder constituinte decorrente, é dizer, que não estão previstas na Constituição Federal e não estão vedadas por ela. No caso das normas de imitação, o constituinte decorrente demonstra claramente sua vontade de reproduzir e transpor para a Constituição Estadual enunciados da Constituição Federal, incorporando-os ao texto constitucional local. Por isso, são normas que podem ser revogadas, modificadas ou substituídas sem infração à ordem constitucional nacional (MODESTO, 2014, p. 203).

Para o presente estudo, interessam as normas de reprodução obrigatória que, quanto ao conteúdo, podem veicular princípios constitucionais sensíveis, princípios constitucionais estabelecidos e princípios constitucionais extensíveis (BULOS, 2010, p. 416).

### **3.1 Princípios constitucionais sensíveis**

Os princípios constitucionais sensíveis, ou princípios constitucionais enumerados, ou princípios constitucionais de intervenção, estão enumerados no art. 34, VII da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup>, e a inclusão de normas na Constituição Estadual que sejam contrárias a esses princípios poderá dar ensejo a Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, de acordo com o art. 36, III da Constituição Federal. Aliás, as causas de intervenção federal podem servir de auxílio na identificação das normas de reprodução obrigatória pelas Constituições Estaduais, sem, contudo, entendê-las como determinantes para a aferição dessas normas. Deve-se buscar no texto

---

6 Os princípios tidos por sensíveis, segundo o preceito normativo do art. 34, VII, CF/1988, são: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

constitucional quais dessas normas podem, efetivamente, limitar o constituinte na elaboração da Constituição do Estado-membro. Mas não são apenas os princípios elencados no art. 34 da Constituição Federal de 1988 que constituem os chamados princípios sensíveis. Outros princípios quando violados também podem ensejar a intervenção na ordem Estadual, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou outros instrumentos do controle abstrato de normas.

### **3.2 Princípios constitucionais extensíveis**

Os princípios constitucionais extensíveis são normas implícitas que, a princípio, dizem respeito à organização da União, mas cuja aplicação se estende aos Estados, como se verifica nos artigos 28, 75 e 93, V da CF/1988. Araújo (2008, p. 168) explica que os princípios constitucionais são normas extraídas do próprio ordenamento jurídico, cuja consolidação, como norma, muito se deve à sua constitucionalização, e que a identificação de tais normas demanda um esforço interpretativo do Supremo Tribunal Federal, atuando, nesse caso, como protagonista do processo de criação da norma.

O Supremo Tribunal tem-se utilizado do princípio da simetria para determinar aos Estados-membros a necessidade ou a possibilidade de reprodução de um modelo federal de organização dos poderes. Nesse sentido, o princípio da simetria se caracteriza como princípio de interpretação da nova hermenêutica constitucional, cuja finalidade é identificar as normas de extensão a serem necessariamente reproduzidas pelas Constituições estaduais, bem como as normas da Constituição Federal de reprodução facultativa, mas que se baseiam num modelo federal válido para os Estados-membros, “funcionando, inclusive, como argumento de exclusão das vedações para reprodução desses mesmos modelos” (ARAÚJO, 2008, p. 174).

Essa forma de interpretação revela, grosso modo, uma tendência à centralização, à concentração de poder, tendo em vista a imposição

aos ordenamentos locais de regras de âmbito federal, pela extensão do texto da Constituição Federal, de matérias antes deixadas, em linha de princípio, à organização autônoma do Estado-membro.

Mas é importante que o intérprete tenha em mente que essa imposição das regras de âmbito federal ao ordenamento local deve ser bem mensurada e evitada, até, a fim de não subverter a ordem trazida pela própria Constituição, na medida em que privilegia as peculiaridades do ente federativo, do interesse local, nas regras de repartição de competência, deixando à União somente a disciplina geral.

Exemplo disso, vê-se em julgado recente (ADI 1077/RS), no qual o Supremo Tribunal Federal, analisando lei do Rio Grande do Sul que dispõe sobre entidades municipais legitimadas a integrar órgão da administração pública estadual ou firmar convênios com o Estado-membro, deu procedência ao pedido, em razão da violação aos princípios da autonomia municipal e da isonomia. Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes explanou que a Corte tem entendido que, consoante o princípio da simetria, cabe ao Governador do Estado a iniciativa de lei que disponha sobre criação, estruturação e atribuições das secretarias e de órgãos da administração pública estadual. Contudo, argumentou que aos municípios é conferida competência constitucional para legislar sobre assuntos de interesse local, e que, naquele caso, houve violação ao princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, uma vez que concebe a Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul – FAMURS – como única entidade habilitada a integrar órgãos colegiados da administração pública estatal, ou indicar representante para tanto, e exclusivamente legitimada a firmar convênios com o poder público estatal, afastando as demais associações de municípios que àquela Federação não sejam filiados, e inclusive, os municípios individualmente, da possibilidade de representarem seus interesses frente ao poder público estadual, o que evidencia, ademais, afronta ao primado da autonomia municipal.

### **3.3 Princípios constitucionais estabelecidos**

Os princípios constitucionais estabelecidos são regras e normas previamente estabelecidas pela Constituição Federal, que limitarão a atividade do poder constituinte estadual, revelando, antes mesmo da elaboração da Constituição Estadual, o regime normativo que será adotado em algumas matérias nas Cartas Estaduais, como as normas que versam sobre sistema tributário, repartição de competências, organização dos Poderes, direitos políticos, nacionalidade, direitos e garantias individuais, direitos sociais, ordem econômica, educação, família e cultura. Alguns princípios estabelecidos geram limitações expressas, outros, limitações implícitas e, ainda, limitações decorrentes.

Tanto as limitações expressas quanto as limitações implícitas podem ser vedatórias ou mandatórias. As primeiras – limitações expressas vedatórias – dão ensejo a proibições aos Estados-membros, como por exemplo, os artigos 19 e 150 da CF/1988. Já as limitações expressas mandatórias, referem-se a princípios que deverão ser adotados nas Cartas Estaduais, como os princípios que regem a Administração Pública, é dizer, a essência dos artigos 37 e 41 da Constituição Federal.

São exemplos de limitações implícitas vedatórias as regras de repartição de competências, quando a Constituição Federal estabelece as competências privativas da União e dos Municípios, o que exclui, por conseguinte, a atuação dos Estados nessas matérias. A indicação de regras de competência, nesse caso, de forma indireta, envolve a limitação da capacidade organizatória dos Estados. Implica em limitação implícita mandatória, a necessidade de o poder constituinte estadual respeitar o princípio da divisão de poderes, que se acha expressa no art. 2º da Constituição Federal, bem como nos artigos 27 e 28, que se revelam, também, como normas de preordenação institucional (SILVA, 1997).

As limitações decorrentes são as extraídas dos princípios do sistema constitucional adotado (ex. Princípio federativo), como a ideia de igualdade dos Estados do ponto de vista da sua organização legal e constitucional, donde nenhum privilégio será concedido apenas a um ou alguns Estados.

#### **4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Foi realizado um levantamento das decisões do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de conhecer o entendimento da Corte de quais princípios constitucionais evidenciam normas de reprodução obrigatória e se, na aplicação de tais princípios, há uma ponderação desses com o princípio federativo, que demanda a observância da autonomia estadual. Para alcançar esse objetivo, fez-se a busca jurisprudencial no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal dos termos “princípios sensíveis”, “princípios extensíveis”, “simetria” e “autonomia estadual”, de julgados recentes, no ano de 2015, até 12/12/2015 (data em que a pesquisa foi finalizada), em ações de controle direto de constitucionalidade. A análise restringiu-se a decisões do plenário, por revelarem um entendimento mais consolidado da Corte como um todo. Verificou-se que as decisões apontadas no resultado das buscas não distinguem se a questão diz respeito a aplicação de princípios sensíveis ou extensíveis, tampouco de princípios constitucionais estabelecidos, conforme a classificação doutrinária das normas de repetição obrigatória. Das palavras-chaves utilizadas na pesquisa, verificou-se que “autonomia estadual” foi a que apresentou maior número de resultados<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> A pesquisa jurisprudencial no *site* do Supremo Tribunal Federal, julgados no período de 01/01/2015 a 12/12/2015, utilizando por filtros o órgão julgador “plenário” e a palavra-chave “simetria” foram listadas as seguintes ações de controle de constitucionalidade: ADI 1077 / RS; ADI 821 / RS; ADI 2314 / RJ; ADI 253 / MT; ADI 4552 MC / DF; ADI 4284 / RR; ADI 4792 / ES; ADI 4791 / PR. A oposição do termo “autonomia estadual” alcançou 14 resultados, dos quais dizem respeito ao controle de constitucionalidade de norma estadual em face da Constituição Federal: ADI 1077 / RS; ADI 2314 / RJ; ADI 253 / MT; ADI 5081 / DF; ADO 28 / SP; ADI 4552 MC / DF; ADI 3477 / RN; ADI 4060 / SC; ADI 4792 / ES; ADI 4791 / PR; ADI 4900 / DF. Alterando o termo da busca para “princípios extensíveis”, nenhum documento foi encontrado. Com o termo “princípios sensíveis” foi localizado tão somente ADI de lei federal.

Contudo, o fato de esse indexador ser o de maior frequência não necessariamente indica a prevalência da autonomia estadual sobre os demais princípios constitucionais, mas revela que a mesma tem sido objeto de consideração por parte do Supremo Tribunal Federal, na aplicação do princípio da simetria, de forma mais moderada, prestigiando o princípio federativo.

Na ADI 4900, o voto originário do Relator Teori Zavaski teve por sustentáculo o fato de que o conteúdo normativo do art. 37, § 12, da CF não impõe nenhum mandamento a ser seguido pelos Estados e pelo Distrito Federal quanto ao teto remuneratório, apenas facultando-lhes a, por emenda constitucional, adotar o modelo adotado no âmbito federal, de teto único.

Com isso, o teto remuneratório único, não expressaria um comando a ser cumprido, mas mera faculdade a ser exercida de acordo com a autonomia de cada ente. Eventual dessintonia entre eles, se existente, seria de caráter meramente indireto, louvando a autonomia estadual, nesse sentido:

(...) Ao discriminar tetos aprioristicamente diferenciados para União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – substituindo o referencial único ditado pela EC 19/98 por regras específicas adaptadas a cada nível federativo e a cada instância de poder – a redação dada ao art. 37, XI, pela EC 41/03 parece ter buscado exortar os entes periféricos a proceder de forma particularizada quanto à limitação da remuneração do serviço público, encaminhando-os para soluções compatíveis com as respectivas realidades financeiras. (...) Infere-se, portanto, que a EC 41/03 não enunciou uma restrição explícita à autonomia dos entes federativos para o estabelecimento de tetos remuneratórios inferiores aos previstos de modo geral no texto do art. 37, XI, da CF. Tanto isso é verdade que, com a posterior inclusão do § 12 no art. 37 da CF, o constituinte derivado facultou aos Estados-membros e Distrito Federal a adoção, em seus domínios, de teto único correspondente ao subsídio dos Desembargadores Estaduais.

Ora, se desde a EC 47/05 a própria Constituição permite a adoção, pelos Estados, de um teto mais dilatado do que aquele previsto, em princípio, pelo art. 37, XI, da CF, deve ela consentir, com maior razão, com o estabelecimento de tetos estaduais mais compactos do que os previstos

originalmente no mesmo art. 37, XI, possibilitando, assim, que os entes federados exerçam livremente a autonomia que lhes é garantida pelo pacto federativo (...).

Reconheceu a Corte que a Constituição Federal possui regra especial que detalha a incidência do teto de acordo com as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional. Nesse caso, o art. 93, V, espelha uma regra sobre o escalonamento da remuneração na magistratura, impedindo que a diferença de ganhos entre desembargadores e juízes posicionados na última categoria da magistratura estadual seja superior a dez por cento. O voto cita por precedente o julgamento da MC na ADI 2087, na qual o Min. Sepúlveda Pertence fez uma importante advertência a respeito da ascendência do art. 93, V, da CF sobre a autonomia dos Estados e Municípios para definir tetos, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal firmou interpretação conforme dos arts. 37, XI, e § 12, da Constituição Federal segundo a qual seria aparentemente inconstitucional distinguir limites diferentes para a magistratura estadual e federal, tendo em vista o caráter nacional do Poder Judiciário.

Na ADI 4791, sobre competência para dispor sobre processo e julgamento de crimes de responsabilidade, reiterou-se a posição do Supremo Tribunal Federal no sentido de considerar legítimas as normas de Constituições Estaduais que subordinam a deflagração formal de um processo acusatório contra o Governador do Paraná a um juízo político da Assembleia Legislativa local. O Min. Celso de Mello, acompanhando o voto do Relator, discorreu que a ideia fundamental que motivou essa orientação jurisprudencial traduz a consagração da autonomia institucional dos Estados-membros, valor constitucional básico que informa e dá consistência à própria teoria da Federação, destacando a importância político-jurídica dessa prerrogativa, que é inderrogável, por se tratar de “valor essencial e conatural à compreensão do sistema federativo” (ADI 4791, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2015, PROCESSO

ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 23-04-2015 PUBLIC 24-04-2015).

Também sobre a incompetência dos Estados-membros para legislar sobre processamento e julgamento de crimes de responsabilidade (art. 22, inc. I, da Constituição da República), e a constitucionalidade das normas estaduais que, por simetria, exigem a autorização prévia da Assembleia Legislativa como condição de procedibilidade para instauração de ação contra Governador (art. 51, inc. I, da Constituição da República), a Min. Carmen Lúcia, na ADI 4792/ES (Julgado em 12/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076, DIVULG 23-04-2015, PUBLIC 24-04-2015), sustentou que

O modelo de federalismo de equilíbrio adotado no Brasil acolhe o princípio da simetria, segundo o qual a princiologia harmoniza as estruturas e as regras que formam o sistema nacional e os sistemas estaduais, de modo a não desconstituir os modelos adotados no plano nacional e nos segmentos federados em suas linhas mestras. Nesse quadro, o equilíbrio federativo, vem com a unidade que se realiza na diversidade congregada e harmoniosa.

Reconhecida no julgado a necessidade de observância integral pelos Estados-membros dos princípios republicano e o federativo, os quais concretizam as normas constitucionais que autorizam a elaboração de normas estaduais à luz da autonomia que lhes é assegurada:

(...) o exercício da autonomia legislativa pelo Estado do Espírito Santo, longe de evidenciar as inconstitucionalidades anunciadas, configura uma expressão do federalismo cooperativo, que não desconhece a circunstância segundo a qual “as novas relações de poder amparam-se não só na noção de legalidade, mas cumprem também as expectativas de legitimidade, revelando-se compromissadas com a noção de pluralismo que lhe é ínsita e que têm nas alternâncias do jogo político – base da noção de interdependência –, a possibilidade de serem sempre construídas e desconstruídas (Bernardes, Wilba Lúcia Maia. Os desdobramentos do federalismo cooperativo alemão: uma rica experiência de releituras. Em: Estudos de direito constitucional: homenagem ao professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 216).

Vê-se, assim, alguns exemplos de como o Supremo Tribunal Federal tem entendido a questão das normas de repetição obrigatória como limitadoras da autonomia estadual, de como os artigos 25 da Constituição Federal e 11, do ADCT, determinam a observância, pelos estados, dos princípios constitucionais, sem, contudo, atuar como amarra absoluta às Constituições Estaduais. O Estado Democrático brasileiro tem como cláusula pétrea constitucional a separação, e a harmonia entre os poderes, consubstanciada em princípio explícito e instrumentalizada em regras constitucionais de competência. A Constituição, ao conferir aos Estados-membros a capacidade de auto-organização e de autogoverno, impõe a observância obrigatória de vários princípios, contudo, a determinação de observância dos princípios constitucionais não significa que cabe ao constituinte estadual apenas copiar as normas federais, pois se, por um lado, o federalismo estabelece a perda da soberania no momento do ingresso do Estado como ente federativo, por outro, preserva a autonomia política limitada deste.

## **5 CONCLUSÃO**

As normas de repetição obrigatória têm um papel limitador da autonomia estadual, reflexo que é da própria organização federativa do Estado, donde o novo Estado formado deve obrigatoriamente, para ser considerado Estado federado, ter assegurada sua autonomia, de acordo com os parâmetros encerrados pela Constituição Federal, que lhe autoriza e concede poder para autogerir e determinar-se, de acordo com seus próprios interesses, mas sem se afastar do modelo essencial traçado originariamente.

O princípio federativo impõe que os Estados guardem observância aos princípios constitucionais da República Federativa do Brasil, porém esse mesmo princípio veda o engessamento do pensamento jurídico. Não existe um rol taxativo de quais normas estabelecidas

na Constituição Federal os Estados-membros devem reproduzir compulsoriamente em seus textos constitucionais. O Supremo Tribunal Federal, nos julgados mais recentes, tem-se mostrado sensível à necessidade de se preservar a autonomia estadual e local, prestigiando as iniciativas normativas regionais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988.

Em linhas gerais, o federalismo envolve a partilha vertical do poder entre diversas entidades políticas autônomas, que coexistem no interior de um único Estado soberano. Na tentativa de conciliar a unidade com a diversidade, se destaca a necessidade de promover a efetiva autonomia política dos entes federativos, que se traduz nas prerrogativas de autogoverno, de auto-organização e de autoadministração. Embora a federação brasileira ainda se revele altamente centralizada, considerando que a partilha de competências entre os entes da federação (CRFB, arts. 21 a 24) concentra grande quantidade de matérias sob a autoridade privativa da União, o Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade de lei ou ato federal e estadual, tem aplicado o princípio da simetria de forma moderada.

Se, a princípio, a tensão federativa mostra-se mais tendenciosa à centralização da autoridade política e administrativa na União, a Corte Constitucional tem prestigiado as iniciativas regionais e locais na maior medida possível, salvaguardando apenas as situações de ofensa a norma expressa e inequívoca da Constituição.

Considerando que as normas de repetição obrigatória tem papel limitador da autonomia estadual, sua aplicação deve ter por norte o respeito à forma de organização do Estado, ou seja, o pacto federativo. Desta forma, a Constituição Federal confere criatividade ao constituinte estadual para gerir seus próprios interesses, observando, contudo, os ditames da Constituição Federal. A reprodução pelos Estados do conteúdo de certas normas voltadas para a União, com base no princípio da simetria, demanda parcimônia de modo a preservar a concepção de autonomia Estadual.

Equilibrar essas características (criação/repetição obrigatória) é

medida que se impõe como fundamental para efetivar a harmonia entre os entes federativos. Essa orientação se amolda à noção de federalismo, como sistema que visa a promover a unidade coordenada dos estados, mas, também, o pluralismo nas formas de organização política, sendo esse (o pluralismo político) um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

## **THE ROLE OF LEGAL PROVISIONS OF MANDATORY REPLICATION IN MEMBER-STATES' AUTONOMY**

### **ABSTRACT**

*The legal provisions of mandatory replication are those of compulsory observance in member States' constitutional texts and are derived from the subordination to the basic principles of the Constitution of the Republic, in accordance to the legal provision inserted in the Article 25, caput, of Federal Constitution of 1988. Concerning such norms the constituent is required to insert them into the Constitution of the State in a transplantation process. The norms of mandatory replication are spread throughout the whole constitutional text and, quite often, are implicit, what makes it difficult for interpreters to determine whether they must be applied or not. Then, it is necessary to answer the following questions: which role is played by provisions of mandatory replication? How they can be identified? What are the constitutional parameters that must be observed in order to avoid infringement of member States' autonomy? The application of those principles bears a limitation onto States' autonomy and therefore, must comply with the federative principle, in order not to annihilate the Member-States' autonomy, being such – the autonomy of federative entities – the intrinsic characteristic of this form of State. The research was documentary and bibliographic, based upon books, journals articles, statutes and regulations, aiming at enhancing understanding of the subject, in a exploratory, descriptive, qualitative and explanatory approach. After an introduction, the text examines different conceptions of States' autonomy and of provisions*

*of mandatory replication. Then, it presents the results of an analysis of recent rulings by Brazil's Supreme Court. It comes to the conclusion that provisions of mandatory replication derive from the need to harmonize the Federation and impose a limitation of powers to Member-States and, therefore, must be used with moderation, once their enforcement cannot derogate States' autonomy, specially employing balancing of the principles of autonomy and of simetry.*

**Keywords:** *federalism; norms of mandatory replication; Member-States' autonomy in Federal States.*

## REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. p. 15-28. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

ISMAEL, Ricardo. Hamilton, Madison e Jay: os pressupostos teóricos do federalismo moderno. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; e JORGE, Vladymir Lombardo (Org.). **Curso de ciência política: grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo**. Cap. 9. p. 227/249. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 319.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES FILHO, José Filomeno de. **Congresso constituinte, constituição dirigente e estado de bem-estar**. Tese (Doutorado) – Curso de Direito Econômico e Financeiro, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

## SÍTIOS ELETRÔNICOS

ARAUJO, Marcelo Labanca Correia de. **A construção da federação brasileira pela jurisdição constitucional**: um estudo sobre a utilização do princípio da simetria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <[http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4141/arquivo6240\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4141/arquivo6240_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 10 dez. 2015.

CLARK, R. Bradford. The supremacy clause as a constraint on federal power. **George Washington University Law Review**, Vol. 71. 2003. P. 1 – 43. Disponível em: [http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1474&context=faculty\\_publications](http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1474&context=faculty_publications). Acesso em: 12 abr. 2016.

HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 33, n. 33, p. 249-274, out. 1991. Semestral. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1431/1360>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

MODESTO, Paulo. As normas de reprodução, imitação e remissão como parâmetro de controle de constitucionalidade nos Estados-membros da Federação e o papel das leis orgânicas municipais. **Revista brasileira de direito público** – RBDP. Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 201-213, jul./set. 2014. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/280974430/AS-NORMAS-DE-REPRODUCAO-IMITACAO-E-REMISSAO-COMO-PARAMETRO-DE-CONTROLE-DE-CONSTITUCIONALIDADE-NOS-Estados-membroS-DA-FEDERACAO-E-O-PAPEL-DAS-LEIS-ORG#scribd>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Segunda Parte, Livro Nono, capítulo I. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_montesquieu\\_o\\_espirito\\_das\\_leis.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2015.

# A Interface Entre as Demandas Coletivas e as Demandas Individuais que Geram Repercussões Coletivas: Análise das Ações Individuais com Efeitos Coletivos e as Ações Pseudoindividuais<sup>1</sup>

Fabício Rocha Bastos<sup>2</sup>

## RESUMO

No presente artigo, abordo a interface entre o CPC e os processos coletivos. Como uma das temáticas principais as nomenclaturas das ações e a sua tipologia, e como o CPC/15 gerou uma interface entre os sistemas. O principal objetivo é apresentar os conceitos das ações individuais com efeitos coletivos e as pseudoindividuais com o objetivo de diferenciá-las das demandas meramente individuais e coletivas.

**Palavras-chave:** *Aplicação do CPC/15. Processos Coletivos. Interface. Ação meramente individual. Ação individual com efeitos coletivos. Ação pseudoindividual. Ação pseudocoletiva. Ação essencialmente coletiva.*

---

<sup>1</sup> Data de recebimento: 11/11/2017. Data de aceite: 19/01/2018.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito pela Universidade Degli Studi Tor Vergata – Roma. Especialista em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Membro do International Association of Prosecutors. Membro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil. Professor dos cursos de Pós Graduação da FGV/RJ, UCAM/RJ e EMERJ. Professor dos cursos preparatórios da EMERJ, FEMPERJ, AMPERJ e FESMPMG. E-mail fabriciorbastos@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo apresentar os conceitos dos diferentes tipos de demanda que podem gerar confusão a respeito do direito material tutelado, bem como sobre o resultado da própria demanda, e de que forma o CPC/15 trouxe instrumentos e preceitos para equacionar a problemática, principalmente das demandas individuais que geram repercussões coletivas.

O tema ostenta repercussão no ponto de vista meramente acadêmico, tendo em vista a necessidade de apresentar corretamente os conceitos processuais, pois as repercussões são completamente diversas, mormente quanto à legitimidade ativa *ad causam* e o resultado do processo. No ponto de vista prático, guarda extrema relevância a diferenciação dos institutos apresentados, pois ensejará a necessidade da intervenção ou não do Ministério Público, da notificação dos demais legitimados coletivos, na forma do art. 139, X, CPC, da eficácia subjetiva da coisa julgada material, dentre outros.

## 2 AÇÃO MERAMENTE INDIVIDUAL

Ação meramente individual é aquela que tutela interesse individual com repercussão exclusivamente individual. Por exemplo, ação de cobrança entre credor e devedor. O CPC de 73 estabelecia, no art. 472, que a sentença fazia coisa julgada entre as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Assim, o resultado de um processo individual tinha eficácia *inter partes*, ressaltando-se as causas relativas ao estado de pessoa em que a sentença produzia efeitos em relação a terceiros, se citados. O CPC/2015, no art. 506, estabelece que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. Assim, pode se ter uma ação meramente individual, que apesar de não prejudicar terceiros pode beneficiar, portanto, autoriza o dispositivo autoriza a utilização do

regime jurídico *in utilibus*. O transporte “*in utilibus*” é uma forma de ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, permitindo que indivíduos que não integraram a relação jurídica processual venham a se beneficiar do resultado do processo. De toda forma, na essência, ação meramente individual é aquela que tutela interesse individual com resultado na esfera jurídica das partes, sem repercussão no seio da coletividade.

## 2.1 Ação individual com efeitos coletivos

Na denominada ação individual com efeitos coletivos<sup>3</sup>, há uma demanda individual, porém, em virtude do pedido formulado, os efeitos da sentença atingem a coletividade. Um exemplo deste tipo de demanda é a denominada ação de dano infecto proposta com lastro no direito de vizinhança<sup>4</sup>. O resultado da demanda, sujeito à eficácia subjetiva da coisa julgada material, operar-se-á *inter partes*, porém, reflexamente atingirá todos circunscritos nos arredores.

Em verdade, na situação apresentada, haverá uma ação meramente individual com o fim de apreciar um direito meramente individual (puro), mas, por estar conectado a uma circunstância de fato geradora

---

3 “ação ajuizada como sendo individual, mas na verdade, em função do pedido, os efeitos da sentença podem acabar atingindo a coletividade. Assim se um indivíduo, invocando seu direito subjetivo, afirma ter direito a uma prótese importada, que está excluída do seu plano de saúde, pedindo a revisão de uma cláusula contratual, de duas uma: ou o juiz só determina que a prótese lhe seja fornecida, e estará tratando a ação como individual; ou determina que a cláusula contratual seja revista, para beneficiar a todos, tratando o pedido individual como tendo efeitos coletivos. Neste segundo caso, teremos uma ação individual com efeitos coletivos”. Texto extraído do Relatório de Pesquisa da FGV e CEBEPEJ [http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio\\_final\\_judicializacao\\_da\\_saude.pdf](http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf) com o objetivo de avaliar a prestação jurisdicional individual e coletiva a partir da judicialização da saúde.

4 Na doutrina, há outros exemplos: “Os exemplos são variados: Um cadeirante que ingressa com ação judicial para obrigar a Municipalidade a oferecer, num determinado trajeto, veículo com as especificidades necessárias ao seu transporte; um morador que, incomodado com o transtorno que uma feira livre lhe causa, ingressa com ação judicial para proibir sua realização; um sujeito que, inconformado com uma propaganda enganosa, que fere a sua inteligência e boa-fé, ingressa com ação judicial para retirá-la dos meios de comunicação; um sujeito que, entendendo que determinada intervenção em monumentos mantidos em praças públicas viola o seu direito a apreciar o patrimônio histórico e cultural, ingressa com ação para proibir tal conduta; um ouvinte de rádio que ingressa com ação para retirar a “Voz do Brasil” da programação com o argumento que tem o direito de ouvir músicas e informações no tempo que dura o programa oficial.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual do Processo Coletivo: volume único. 3 ed. Rev., atual. E ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

de direito, ou interesse transindividual (difuso), gera benefícios para a coletividade titular do direito.<sup>5</sup>

O benefício referido ocorre no âmbito dos fatos, pois o indivíduo não pode, no plano jurisdicional, tutelar um direito transindividual, ou seja, tal direito não pode ser objeto de uma demanda individual. Inegável, porém, que o resultado da demanda repercutirá no seio da coletividade, mormente nos casos de procedência do pedido formulado, mas os membros desta coletividade não poderão realizar o transporte *in utilibus* da sentença, por se tratar de processo individual.

Não se trata de um indivíduo apropriando-se individualmente de um interesse transindividual, pois isso não é juridicamente possível, na medida em que tais interesses são indivisíveis. No entanto, factível sustentar que os interesses transindividuais podem apresentar uma dimensão no plano individual. Como no exemplo citado acima, o morador tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (dimensão coletiva do direito transindividual) e à observância do direito de vizinhança (dimensão individual do direito transindividual). (ALMEIDA, 2003).

Em casos assim, há, a rigor, a proteção de um direito transindividual como decorrência do exercício e o acolhimento de uma pretensão individual. Caso o magistrado verifique a potencialidade, apesar da narrativa ser meramente individual, do resultado da demanda repercutir na seara da coletividade, deverá notificar os legitimados coletivos, dando-lhes ciência para a adoção das medidas pertinentes. Tal notificação não poderia estar lastreado no art. 139, X, CPC, posto aplicável quando existirem demandas repetitivas sobre o mesmo tema. O fundamento jurídico de tal notificação deve ser o art. 7º,

---

5 "A ação ajuizada pelo indivíduo, ainda que voltada para a defesa do direito à tranquilidade ou à sua saúde, refletirá em toda a coletividade, porque demandará solução uniforme, na medida em que não se pode conceber, por exemplo, em termo concretos, que a limitação ou não do barulho, bem como a manutenção ou não das atividades da indústria, produzam efeitos apenas em relação ao autor individual." MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Ada Pellegrini Grinover... [et al.], coordenadores. – São Paulo: RT, 2014.

da LACP.<sup>6</sup> O destinatário imediato de tal notificação deve ser o MP, pois a sua legitimação ativa é a mais ampla dentre os legitimados coletivos. Os demais deverão somente ser cientificados, observadas as suas respectivas atribuições.

Com tal atuar, o magistrado evitará que a demanda repercuta no seio da coletividade sem que os legitimados coletivos tenham ciência, mas não resolve a questão de ordem prática, pois a demanda continuará em curso e não há a obrigatoriedade para que os legitimados efetivamente atuem.

Assim, surgem duas situações que merecem, ao menos, uma reflexão: a) poder-se-ia sustentar a inadmissibilidade da demanda individual com efeitos coletivos?; b) qual será a consequência jurídica advinda da inércia dos legitimados coletivos cientificados?

Alguns autores sustentam que demandas desta natureza deveriam ser tratadas como coletivas, pois, apesar do supedâneo fático e da pretensão exercida individualmente, há evidente repercussão coletiva. Essa repercussão, por si só, denota que o tratamento deve ser de processo coletivo e, sendo assim, poder-se-ia alegar a inadequação da via procedimental eleita e, com isso, gerar a inadmissibilidade da demanda. (NEVES, 2016).

Não concordamos com o tratamento de demanda coletiva, pois, conforme dito acima, trata-se de ação meramente individual que terá a aplicação das regras procedimentais do CPC (art. 318), e não do microsistema da tutela coletiva:

Na doutrina, há quem aponte o problema na certificação da ação como coletiva ou individual e, diante disso, as demandas deverão receber o tratamento correspondente. A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto, em tais hipóteses, enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual, demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse não

---

<sup>6</sup> A depender do tema versado na demanda, poderá o juiz fulcrar a sua notificação nas seguintes normas: art. 221 do ECA e arts. 89 e 98 do Estatuto do Idoso.

a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular, alcançando o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito. (MENDES, 2014).

Assim, o resultado da demanda será, no prisma subjetivo, *inter partes*. Nada obstante, os efeitos fáticos poderão atingir a esfera da coletividade, mas os membros desta não ficarão jungidos à sua imutabilidade (efeito no mundo do direito).<sup>7</sup>

Não podemos concordar com a tese da inadmissibilidade da demanda individual, sob pena de vulnerar, de forma insuperável, o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CR/88), pois não se trata de defesa de interesse difuso por meio de demanda individual, mas da tutela de um interesse individual decorrente de interesse difuso. É o que se denomina direito difuso de dimensão individual. (ALMEIDA, 2003, p. 528). Caso a demanda individual promova a pretensão coletiva de tutela de interesse difuso, por óbvio, deverá ser inadmitida por inadequação da via eleita, mas na hipótese em testilha, a demanda é juridicamente possível e deve ser objeto da prestação, e da entrega da tutela jurisdicional do estado. (WAMBIER, 2014).

O STJ, em *obiter dictum*, reconheceu a possibilidade de os indivíduos ameaçados ou lesados promoverem uma demanda individual, ainda que o interesse subjacente, em uma visão macro, fosse difuso.<sup>8</sup>

Vale lembrar que o indivíduo, salvo na condição de cidadão para fins de propositura da ação popular (art. 5º, LXXII, CR/88 c/c art. 1º, LAP), não ostenta legitimidade ativa para a condução de um processo coletivo<sup>9</sup>, ainda que verse sobre direito individual homogêneo (art.

<sup>7</sup> Vale mencionar que o art. 506, CPC permite a conclusão de que foi adotado o regime in *utilibus* na sentença, pois o resultado do processo não pode prejudicar terceiros, mas pode gerar benefícios.

<sup>8</sup> REsp 163.483/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Min. Adhemar Maciel, 2ª T., j. 01/09/1998, DJ 29/03/1999.

<sup>9</sup> Com uma bela síntese sobre as críticas à Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas, podemos mencionar as lições de Larissa Claire Pochmann da Silva: "No Brasil, a não inclusão expressa da legitimidade do indivíduo para a ação civil é associada a uma má experiência com a ação popular, em que

81, pu, III, CDC). O que o ordenamento permite é a sua intervenção individual em processo coletivo, na forma do art. 94, CDC c/c art. 18, pu, CPC, e a sua intervenção como cidadão-eleitor nos casos em que a demanda coletiva proposta por um legitimado coletivo tenha o mesmo objeto de uma possível ação popular (art. 1º, LAP).

Caso o juiz decida aplicar a norma do art. 139, X, CPC, conforme sugerido acima, para cientificar os legitimados coletivos e seja verificada a sua inércia, surge a necessidade de enfrentar a consequência jurídica inerente. O CPC não resolve o problema, pois limita-se a indicar que os legitimados serão cientificados para a propositura da demanda coletiva.

Considerando que o Ministério Público é o principal legitimado coletivo (posto responsável pela maioria das demandas coletivas propostas) ativo, a solução pode ser encontrada em nosso próprio sistema. Na hipótese do MP quedar-se inerte, apesar de o CPC sequer fixar um prazo para a sua manifestação, poder-se-ia sustentar a ciência ao Procurador Geral de Justiça (art. 28, CPP), para ratificar, ou não, a inércia do membro do MP, mediante aplicação analógica das regras do arquivamento do inquérito policial, ou das peças de informação remetidas pelo órgão jurisdicional (art. 40, CPP). A melhor solução, ao meu sentir, seria a aplicação da norma do art. 139, X, CPC, com

---

o legitimado é o cidadão. Destaca Eurico Ferraresi que o que se temia era a “banalização das demandas coletivas”, a partir do raciocínio de que o “brasileiro não está preparado para utilizar judicialmente as ações coletivas”. Se pudesse utilizá-las, poderia gerar “inúmeras repercussões perniciosas que, mesmo nos casos de improcedência, jamais poderão ser reparadas” De acordo com José Carlos Baptista Puoli, nem a condenação por litigância de má-fé, hoje prevista no artigo 17 da Lei nº 7.347/85, nem os filtros normais do sistema processual atual bastarão para o controle da atuação da pessoa física nas demandas coletivas, já que, na prática, seriam recursos pouco utilizados. Ademais, sustenta-se que muitas vezes os lesados sequer conhecem seus direitos e ficarão em situação de desvantagem frente ao autor das lesões, que possui maior potencial econômico para contratar bons profissionais para seu assessoramento, produzir provas e arcar com os custos processuais. Além desses argumentos, ainda caberia afirmar que a legitimação individual nas ações coletivas pertence ao ordenamento jurídico estadunidense, estando em desacordo com as tradições e raízes jurídicas brasileiras. Aponta-se, por fim, uma falta de interesse do indivíduo para defender interesses difusos, na medida em que inexistiriam vantagens econômicas diretas em seu patrimônio. Assim, pode-se perceber que todos os argumentos que rechaçam a atuação do indivíduo estão relacionados aos valores altos de custas processuais e de honorários advocatícios, ao seu despreparo para atuar em nome da coletividade e à falta de interesse de agir, se for considerado que sua lesão é de um valor muito pequeno diante do valor total de todos os afetados.” SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A legitimidade do indivíduo das ações coletivas. LMJ Mundo Jurídico. Rio de Janeiro. 2013. Página 163/164.

a fixação de um prazo para que o legitimado coletivo se manifeste. Findo o prazo, sem manifestação expressa, ou com manifestação expressa em sentido negativo, nos casos do MP, deverá o magistrado remeter as peças de informação ao Conselho Superior do MP (art. 9º, da LACP), por aplicação analógica do sistema de arquivamento do inquérito civil, para o devido reexame da manifestação do membro. Não há a necessidade de utilização do CPP, pois o próprio microsistema da tutela coletiva nos indica a melhor solução.

A questão ganha novos contornos quando o art. 139, X, CPC, for usado para cientificar os demais legitimados coletivos referidos. Nestes casos, findo o prazo fixado pelo juiz, sem manifestação expressa, ou com manifestação expressa negativa, deverá ser cientificado o MP para ciência e adoção das medidas pertinentes.

Não é demais lembrar que, ao contrário do que ocorre no processo penal<sup>10</sup>, não há no processo coletivo a possibilidade de ajuizamento de ação civil privada subsidiária da pública, por ausência de previsão legal. Entretanto, há quem sustente, de *lege ferenda*, esta possibilidade.<sup>11</sup> Apesar de reconhecer a ausência de amparo legal para a possibilidade do indivíduo promover uma ação civil privada subsidiária, há a necessidade de, ao menos, enfrentar o tema, pois nem sempre os legitimados coletivos poderão ou quererão agir, seja por questões afetas às suas atribuições funcionais (nos casos do MP, da Fazenda Pública e da Defensoria Pública), ou por falta na localidade de representantes da sociedade civil organizada. (SILVA, 2013).

Para parte da doutrina, negar a possibilidade do indivíduo ostentar legitimidade ativa para a propositura da demanda coletiva é criar

---

<sup>10</sup> Com a possibilidade de ajuizamento de uma ação penal privada subsidiária da pública.

<sup>11</sup> Impende salientar, contudo, que no âmbito do direito empresarial, há a possibilidade de uma legitimidade extraordinária subordinada derivada da inércia do legitimado originário, conforme se verifica no art. 159, §3º da LSA. Há, na doutrina, quem sustente a possibilidade de utilização do mesmo sistema do processo penal ao processo coletivo, através da criação, de *lege ferenda*, da Ação Civil Privada Subsidiária da Pública. SANTOS, Ana Lucia Torres. A Ação Civil Privada Subsidiária da Pública e a Legitimidade do Cidadão na Ação Civil Pública. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Defesa em 1º de agosto de 2010.

uma vedação ao seu acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CR/88), pois restringiria o exercício judicial de sua pretensão somente aos casos de processos individuais. Afirmar a possibilidade de tal legitimação acarreta, a rigor, uma efetivação dos direitos fundamentais. Ademais, segundo este entendimento, vedar a sua legitimidade ativa acarretaria a possibilidade de manter-se uma situação de ameaça e/ou lesão ao direito material subjacente, enquanto os legitimados coletivos ficam inertes. (SILVA, *Op cit.*, 2013). Seguindo este entendimento, tanto o indivíduo afetado pelo evento quanto algum que não seja afetado poderá ostentar a legitimação ativa, mas sem afastar a possibilidade do controle *ope iudicis* da representatividade adequada, em virtude da inexistência de previsão legal expressa da sua legitimidade (controle *ope legis*). (SILVA, *Op cit.*, 2013).

Em suma, sobre a possibilidade de um indivíduo tutelar interesse transindividual, podemos apontar as seguintes posições: a) inadmissibilidade da atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas por absoluta ausência de previsão legal; b) possibilidade de atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas somente nos casos de inércia dos legitimados coletivos, por via da ação civil privada subsidiária da pública e, c) possibilidade de atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas diretamente com base no princípio do acesso à justiça, com o devido controle judicial da representatividade adequada no caso concreto.

## **2.2 Ação pseudoindividual**

A ação pseudoindividual é uma ação meramente individual, lastreada em direito eminentemente individual, mas que gera efeitos *ultra partes*, ou até mesmo, *erga omnes*, conforme o caso concreto. A pretensão exercida deveria ser coletiva, a exemplo, ação de anulação de uma assembleia de determinada coletividade. Se um sócio, ou um acionista, propuser uma ação de anulação de assembleia, o

direito material deduzido é incindível, é unitário. Ou a assembleia vai ser válida para todos que fizerem parte da sociedade, ou vai ser inválida para todos, não havendo como cindir. Por isso, chamam de ações pseudoindividuais. Ação que deveria ter sido proposta com pedido coletivo.

Na denominada ação pseudoindividual, há uma demanda individual que, apesar de lastreada em direito subjetivo individual com uma pretensão individualmente exercida, deveria ter um pedido coletivo, pois o resultado do processo afetará todos que titularizam o direito subjetivo. Trata-se de demanda baseada em direito material unitário ou incindível. Assim, a relação jurídica de direito material, também incindível, somente poderá ser resolvida de maneira idêntica para todos. Como é um caso de direito material incindível, o resultado da demanda deverá ser igual para todos. A relação jurídica de direito material subjacente às ações pseudoindividuais é idêntica, portanto, às relações jurídicas de direito material que ensejam o litisconsórcio unitário.

Esse tipo de demanda acarreta os seguintes problemas<sup>12</sup>: a) como será a eficácia subjetiva da coisa julgada material?; b) os demais titulares do direito material deduzido deverão ser cientificados da sua propositura? e, c) fomento a propositura de diversas demandas com o mesmo objeto, gerando, por via de consequência, risco evidente de decisões conflitantes.

Considerando a natureza do direito material subjacente, é imprescindível que os demais titulares do direito material sejam cientificados (art. 238, CPC), sob pena de vulnerar o princípio do devido processo legal e do contraditório participativo. Assim, a demanda pseudoindividual somente poderá ser aceita, e surtir os seus regulares efeitos, se todos os titulares da demanda forem devidamente cientificados. A eficácia subjetiva da coisa julgada material, por seu turno, deverá ser

---

12 TESCHEINER, José Maria: <http://www.processoscoletivos.com.br/~pcoletiv/index.php/ponto-e-contraponto/587-acoes-pseudoindividuais>

*erga omnes*, tanto no caso de improcedência, quanto na procedência (imutabilidade *pro et contra*), ou seja, deverá atingir todos que titularizam o direito material deduzido em juízo. Tal afirmação decorre da unitariedade da relação de direito material. Ademais, o autor da demanda figura como substituto processual (legitimidade conglobante prevista no art. 18, CPC) dos demais titulares do direito material.

Por fim, o problema da repetição das demandas poderá ser resolvido mediante a aplicação do art. 139, X do CPC, com a notificação dos legitimados coletivos para a propositura da demanda coletiva e, com isso, permitir a aplicabilidade da suspensão dos processos individuais (sistema do *fair notice e right to opt*), na forma dos arts. 104, do CDC, 22, §1º, da LMS e 13, pu da LMI. Caso a repetição das demandas veicule a mesma questão de direito, poderá ser suscitado, na forma do art. 976, do CPC, o IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas). Entretanto, há na doutrina quem defenda a proibição das demandas pseudoindividuais<sup>13</sup>, ou a extinção sem resolução do mérito, por ausência de interesse processual em virtude da inadequação da via eleita. (DONIZETTI; CERQUEIRA, 2010). O STJ, de certa forma, já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema.<sup>14</sup>

### **2.3 Ação pseudocoletiva ou acidentalmente coletiva**

Ação pseudocoletiva ou acidentalmente coletiva é aquela por meio da qual há o exercício de tutela coletiva de direitos. O direito material transindividual veiculado na demanda é individual homogêneo (acidentalmente coletivo), conforme arts. 81, pu, III e 103, III, do CDC e 21, pu, II, da LMS, com a devida aplicação do microsis-

---

13 "A solução que seria mais apropriada, em nosso sentir, na conformidade das ponderações acima desenvolvidas, seria a proibição de demandas individuais referidas a uma relação jurídica global indivel. Porém, a suspensão dos processos individuais poderá, em termos práticos, produzir efeitos bem próximos da proibição, se efetivamente for aplicada pelo juiz da causa." WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual do Processo Coletivo. Op. Cit., 2016.

14 Resp 1216600/RJ, Min. Rel. Hermam Benjamim.

tema da tutela coletiva.<sup>15</sup> Trata-se de conceito adotado por parcela significativa da doutrina.<sup>16</sup>

A demanda coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos visa ao exercício de uma pretensão para a fixação de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos (e não à questão jurídica), que pode aproveitar determinadas pessoas. (ARAÚJO FILHO, 2000, p.114).

Para que a demanda seja considerada como pseudocoletiva é imprescindível a predominância das questões comuns sobre as individuais, e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto:

Há de atentar o leitor para o risco de tratar molecularmente as ações para tutela de direitos meramente individuais, aqueles desprovidos das características de 'predominância das questões comuns sobre as individuais' e da 'utilidade da tutela coletiva no caso concreto' que denotam e caracterizam os direitos individuais homogêneos (art. 26, §1º. CBPC-IBDP e art. 30 CBPC-UERJ/UNESA), e possibilitar a formação dessas ações pseudocoletivas. (JÚNIOR, Fredie; JÚNIOR, Zaneti, 2007. p. 94).

Assim, mantém-se a natureza de coletiva da demanda que tutela direito individual homogêneo, apesar, de como afirmado acima, a maioria sustentar entendimento diverso. A rigor, trata-se de demanda coletiva, com aplicação do microssistema da tutela coletiva, pois a pretensão não fica adstrita aos direitos individuais. Os direitos foram coletivizados para possibilitar, por meio da demanda coletiva, a tutela da coletividade formada através da prestação jurisdicional adequada e efetiva. Tanto é verdade, que mesmo quando não compareça um

---

15 "Na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais." ZAVASCKI, Teoria Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

16 DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de Processo Coletivo. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. Araújo Filho, Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.114. Zavascki, Teoria Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123-141.

número compatível com a gravidade do dano para habilitação no processo coletivo (art. 100, CDC), a demanda, na fase de cumprimento de sentença, prosseguirá com a atuação dos legitimados coletivos (art. 82, CDC) para que o valor obtido com a sentença de procedência seja direcionado para o fundo de defesa dos direitos difusos. (JÚNIOR, Didier; JÚNIOR, Zaneti, 2017).

O Pleno do STF proferiu decisão reconhecendo que os direitos individuais homogêneos são uma subespécie de direitos coletivos.<sup>17</sup>

Os direitos individuais homogêneos são, portanto, direitos coletivos e merecem, por conseguinte, a atuação integral e efetiva da tutela coletiva. Conforme aponta Fredie Didier, há na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneas três fases que precisam ser analisadas: a) fase de conhecimento; b) fase de liquidação e execução no plano individual e, c) fase de recuperação fluída. (JÚNIOR, Didier; JÚNIOR, Zaneti, 2017). As duas primeiras fases foram expressamente reconhecidas em sede de *obiter dictum* pelo STF.<sup>18</sup>

Na primeira fase, que é a de certificação do direito (processo de conhecimento), há nítida tutela coletiva, porque há um núcleo de homogeneidade para fins de identificação do *an debeat* (dever jurídico – se é devido), do *quid debeat* (aquilo que é devido) e o *quis debeat* (aquele que ostenta o dever jurídico, ou seja, quem deve). Trata-se de tutela jurisdicional individual, ainda que proposta por legitimado coletivo, até porque há um direito de preferência em favor das vítimas e dos seus sucessores (art. 99, CDC).

Na segunda fase, após a devida certificação do direito, que é a da liquidação e execução (cumprimento de sentença) do título executivo judicial (sentença com condenação genérica – art. 95, CDC), há heterogeneidade, pois o objetivo será a satisfação dos créditos individuais para identificar o *cui debeat* (para quem é devido) e o *quantum debeat* (o quanto é devido).

17 STF - RE: 163231 SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 26/02/1997, Tribunal Pleno.

18 STF - RE: 631111 GO, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 07/08/2014, Tribunal Pleno.

Na terceira e última etapa, que é do *fluid recovery*, tudo o que for devido valerá em favor de todo o grupo com o fito precípua de assegurar a integral reparação do dano. O valor será revertido para o fundo de defesa dos direitos difusos e, portanto, em favor de toda a coletividade (art. 100, CDC). Nesta etapa, novamente, verificar-se-á o núcleo de homogeneidade que ensejará a tutela coletiva.

Há, na doutrina, entretanto, quem sustente que as ações pseudo-coletivas são aquelas que tutelam direitos individuais, tal como ocorre nos direitos individuais homogêneos, e nos direitos individuais indisponíveis da criança, do adolescente e do idoso, sem a aplicação do microsistema coletivo, pois são tutelados direitos individuais devidamente individualizados, com identificação prévia de seus titulares.<sup>19</sup> Assim, os direitos individuais homogêneos não seriam direitos coletivos, mas sim, direitos individuais coletivamente tratados.<sup>20</sup>

As características do direito individual homogêneo serão delineadas em capítulo próprio para o qual remetemos o leitor, mas, neste tópico é imprescindível a análise da repercussão subjetiva desta demanda para fins de diferenciá-la das anteriores.

Nas demandas acidentalmente coletivas, a eficácia subjetiva da coisa julgada material é *erga omnes*, conforme art. 103, III, CDC, e atingirá a esfera jurídica das vítimas do evento danoso somente para beneficiá-las, jamais para prejudicá-las (regime jurídico *in utilibus*). Apesar da utilização pelo legislador da nomenclatura *erga omnes*, bem como pela doutrina largamente dominante, reputamos mais adequada a nomenclatura *erga victimae*, pois o resultado da demanda não atingirá a todos de forma indistinta, mas tão-somente às vítimas do evento danoso. Assim, julgada procedente a pretensão da ação coletiva de responsabilidade, por exemplo, pelos danos individu-

---

19 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. op. Cit., 2016. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.199-202. ZAVASCKI, Teoria Albino. Processo Coletivo. Op. Cit., 2006.

20 ZAVASCKI, Teoria Albino. Op. Cit., 2006. ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., 2013, p. 123-141.

almente sofridos, proposta nos termos do art. 91, CDC, a sentença beneficiará todas as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução (cumprimento) da sentença, na forma dos arts. 97 e 103, §3º, CDC. Há, na doutrina, quem também critique a adoção da nomenclatura legal, com base na premissa aqui veiculada, mas sustenta que o ideal seria o uso do termo *ultra partes*.<sup>21</sup>

Há que se ressaltar que a possibilidade de intervenção individual nas demandas acidentalmente coletivas, por meio da assistência litisconsorcial (art. 94, CDC e art. 18, pu, CPC), gera a imutabilidade *pro et contra*, ou seja, uma imutabilidade incondicionada (independentemente do resultado positivo ou negativo), conforme se verifica da leitura, a contrário senso, do art. 103, §2º, CDC. Assim, podemos concluir que a regra geral é o regime jurídico *in utilibus* (somente o resultado benéfico atinge a esfera jurídica individual), exceto nos casos de intervenção individual, quando aplicar-se-á a imutabilidade *pro et contra*.<sup>22</sup>

## 2.4 Ação (essencialmente) coletiva

Considerando os conceitos supra apresentados, bem como a divergência acerca da existência de ações pseudocoletivas<sup>23</sup>, imprescindível fixar, neste momento, o conceito de ação coletiva.

Para uma primeira tese doutrinária<sup>24</sup>, os requisitos da ação coletiva são: a) atuação de um legitimado coletivo (legitimidade para agir); b) objeto do processo, qual seja a defesa de um direito transindividual; e, c) coisa julgada material com aplicação do regime

---

21 Andrade, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado/ Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade – 5 ed. Rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses – 21 ed. Rev., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

22 Vale ressaltar, conforme se verá em capítulo próprio, que somente será possível a intervenção individual nas demandas coletivas que tutelarem direito individual homogêneo.

23 Diretamente derivado do debate sobre o direito individual homogêneo ser realmente um direito coletivo.

24 GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p.16. ROCHA, Luciano Velasque. Ações Coletivas – no Direito Comparado e Nacional. São Paulo: RT, 2002, p. 26.

jurídico especial, tanto no plano subjetivo (eficácia subjetiva da coisa julgada), quanto no objetivo (modo de produção), conforme arts. 18, LAP, 16, LACP e 103, CDC.

Para uma segunda tese doutrinária, ações coletivas são definidas conforme o objeto veiculado na demanda (tutela jurisdicional pretendida), ou seja, aquelas por meio das quais se defendem direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos (art. 81, pu, I ao III, CDC). (WAMBIER, Tereza; GOMES JÚNIOR, Luiz., 2008).

Para uma terceira tese doutrinária, ação coletiva é o instrumento processual colocado à disposição de determinados entes públicos ou sociais, arrolados na Constituição, ou na legislação infraconstitucional, para a defesa via jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo. (ALMEIDA, 2003).

Para uma quarta tese doutrinária<sup>25</sup>, à qual nos filiamos, a legitimidade para agir e o regime jurídico da coisa julgada material não são elementos indispensáveis para qualificar juridicamente o processo como sendo coletivo, pois basta que a situação/relação fática/jurídica conflituosa deduzida em juízo seja coletiva, posto pertencente a uma determinada coletividade.

Fixado o conceito geral de ação coletiva, passamos a análise do conceito de Ação essencialmente coletiva. Trata-se de conceituação que somente pode decorrer da classificação das ações coletivas em essencialmente coletivas e acidentalmente coletivas.

Ação coletiva ou essencialmente coletiva é aquela mediante a qual há o exercício de tutela de direitos coletivos ou essencialmente coletivos. O direito material transindividual veiculado na demanda é difuso ou coletivo em sentido estrito, conforme arts. 81, pu, I e II e 103, I e II do CDC e 21, pu, I, da LMS, com a devida aplicação do microsistema da tutela coletiva. As características dos direitos es-

---

25 DIDIER JR, Fredie; Zaneti Jr, Hermes. Op. Cit., 2016. ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. Revista eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a abril de 2017.

sencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) serão delineadas em capítulo próprio para o qual remetemos o leitor, mas, neste tópico é imprescindível a análise da repercussão subjetiva desta demanda para fins de diferenciá-la das anteriores.

Nas demandas essencialmente coletivas, a eficácia subjetiva da coisa julgada material é *erga omnes*, conforme art. 103, I, CDC, quando a tutela jurisdicional tiver como objeto o direito difuso e será *ultra partes*, conforme art. 103, II, CDC e art. 21, pu, I, LMS, quando versar sobre a tutela jurisdicional do direito coletivo em sentido estrito. Na tutela jurisdicional do direito difuso (art. 81, pu, I, CDC), o resultado do processo atingirá todos de forma indistinta, pois os sujeitos que titularizam o direito material são indetermináveis. Na tutela jurisdicional do direito coletivo em sentido estrito (art. 81, pu, II, CDC e art. 21, pu, I, LMS), o resultado do processo atingirá os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas que titularizam o direito material deduzido em juízo.

Não é demais lembrar que o resultado do processo coletivo somente atingirá a esfera jurídica das vítimas do evento danoso para beneficiá-las, jamais para prejudicá-las (regime jurídico *in utilibus*).

Por fim, vale mencionar a existência da limitação territorial da eficácia *erga omnes* da sentença de procedência do processo coletivo, conforme art. 16, LACP. Este tópico será mais adiante analisado, mas já podemos destacar que o STJ possui precedentes no sentido da inaplicabilidade desta limitação.<sup>26</sup>

---

26 REsp: 411529/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 24/06/2008, 3ª T., j. 05/08/2008; REsp: 1243887/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19/10/2011, Corte Especial, j. 12/12/2011.

## THE INTERDACE BETWEEN COLLECTIVE DEMANDS AND INDIVIDUAL DEMANDS THAT GENERATE COLLECTIVE REPERCUSSIONS – ANALYSIS OF INDIVIDUAL ACTIONS WITH COLLECTIVE AFFECTS AND PSEUDOINDIVIDUAL ACTIONS

### ABSTRACT

*In this article I discuss the interface between the CPC and the collective processes. As one of the main themes, the nomenclatures of the actions and their typology and how the CPC / 15 generated an interface between the systems. The main objective is to present the concepts of individual actions with collective effects and pseudoindividuals in order to differentiate them from purely individual and collective demands.*

**key words:** *Application of CPC / 15 - Collective Processes - Interface - Merely individual action - Individual action with collective effects - Pseudo-individual action - Pseudo-collective action - Action essentially collective.*

### REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva. 2003. Página 496.
- ANDRADE, Adriano. **Interesses difusos e coletivos esquematizado/** Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade – 5 ed. Rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas:** a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013, p. 123-141.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. 1. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2ª ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

JÚNIOR, Fredie Didier e Júnior, Hermes Zaneti. 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses** – 21 ed. Rev., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **A legitimação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade**. Ada Pellegrini Grinover... [et al.], coordenadores. – São Paulo: RT, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual do Processo Coletivo: volume único**. 3 ed. Rev., atual. E ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

**Relatório de Pesquisa da FGV e CEBEPEJ** [http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio\\_final\\_judializacao\\_da\\_saude.pdf](http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judializacao_da_saude.pdf)

REsp 163.483/RS, **Rel. Min. Francisco Peçanha Martins**, Rel. p/ Acórdão Min. Adhemar Maciel, 2ª T., j. 01/09/1998, DJ 29/03/1999.

SANTOS, Ana Lucia Torres. **A Ação Civil Privada Subsidiária da Pública e a Legitimidade do Cidadão na Ação Civil Pública**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Defesa em 1º de agosto de 2010.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **A legitimidade do indivíduo das ações coletivas**. LMJ Mundo Jurídico. Rio de Janeiro. 2013.

STF - RE: 163231 SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26/02/1997, Tribunal Pleno.

STF - RE: 631111 GO, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 07/08/2014, Tribunal Pleno.

TESCHEINER, José Maria: <http://www.processoscoletivos.com.br/~pcoletiv/index.php/ponto-e-contraponto/587-aco-es-pseudoindividuais>.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Apontamentos sobre as ações coletivas. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade**. Ada Pellegrini Grinover... [et al.], coordenadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual do Processo Coletivo, 2016.

ZAVASCKI, Teoria Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

# O Crime de Desobediência à Requisição Emanada Pelo Ministério Público em Inquérito Civil e a Responsabilidade Penal do Prefeito Municipal<sup>1</sup>

Flávio Eduardo Turessi<sup>2</sup>

## RESUMO

Neste artigo busca-se analisar o crime de desobediência previsto no art. 10 da Lei nº 7.347/85, quando praticado por Prefeito Municipal à luz do perfil constitucional conferido ao Ministério Público pela Carta Política de 1988.

**Palavras-Chave:** *Ministério Público. Poder de requisição. Inquérito Civil. Crime de desobediência. Prefeito Municipal.*

## 1 INTRODUÇÃO

Analisar o alcance e a aplicabilidade do crime previsto no art. 10, da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública -, que pune com pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações do Tesouro Nacional, a recusa, o retardamento, ou

<sup>1</sup> Data de recebimento: 10/11/2017. Data de aceite: 19/01/2018.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, mestre em Direito Penal pela PUCSP e especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor de Direito Penal na Universidade São Judas Tadeu e de Direito Penal e Processual Penal nos cursos de pós-graduação “lato sensu” da Escola Superior do Ministério Público e da Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Autor da obra “Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização”, publicada pela editora Juruá, e organizador da obra “Crimes praticados por Prefeitos”, publicada pela editora LiberArs. E-mail: feturessi@terra.com.br

a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública, quando requisitados pelo Ministério Público aos Prefeitos Municipais, implica em desvendar, antes de tudo, qual o perfil assumido pelo *Parquet* a partir da Constituição Federal de 1988, suas atribuições e, principalmente, as ferramentas legais a ele conferidas para a consecução de seus graves misteres.

Em um Estado democrático de Direito, cujo paradigma deve ser a dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>, não é exagero afirmar que o Ministério Público desponta como instrumento de promoção de uma sociedade mais justa e menos desigual.

Nessa ordem de valores, Wallace Paiva Martins Junior destaca que a Constituição Federal de 1988 depositou no Ministério Público um projeto de acesso e distribuição de justiça afinado a seus fundamentos de soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e da empresa e pluralismo político, funcionando como um verdadeiro instrumento a serviço desse programa ao exercer o grave mister de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (MARTINS JUNIOR, 2015, p. 5).

Destarte, por imperativo constitucional, sabe-se que é função institucional do Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, importante atribuição que consolida a sua vocação para a tutela dos direitos e interesses transindividuais.

Com efeito, nunca é demais lembrar que essa inovadora atribuição foi inicialmente conferida ao Ministério Público pela própria da

---

<sup>3</sup> De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, “Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 79/80.

Lei nº 7.347/85, sendo que, antes de 1985, poucas eram as possibilidades conferidas ao *Parquet* para provocar a jurisdição na esfera civil, destacando-se, no ponto, sua legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, de nulidade de casamento e destituição do poder familiar, outrora denominado pátrio poder. (MAZZILLI, 2015, p. 40).

De toda a sorte, enquanto na esfera criminal o Ministério Público dispõe do inquérito policial e, de forma autônoma<sup>4</sup>, do procedimento investigatório criminal<sup>5</sup> como procedimentos administrativos preparatórios para a propositura da ação penal pública, para a efetiva tutela dos direitos e interesses metaindividuais o legislador constituinte originário, na esteira do previsto inicialmente pelo legislador ordinário, confiou-lhe, com exclusividade, o inquérito civil.

E, tamanha a importância deste instrumento de coleta de dados para a efetiva ampliação do acesso à Justiça que a própria Lei nº 7.347/85, em seu art. 10, tipificou como criminoso a conduta do agente que implique na recusa, no retardamento ou na omissão de dados técnicos requisitados pelo Ministério Público, que sejam indispensáveis à propositura da ação civil pública, tipo penal que se busca, por meio do presente trabalho e à luz da responsabilidade penal de Prefeitos Municipais, estudar.

## **2 O INQUÉRITO CIVIL E O PODER DE REQUISIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Como já destacado nas linhas introdutórias deste texto, o inquérito civil surgiu com a Lei nº 7.347/85<sup>6</sup> e, posteriormente, foi prestigiado

---

4 Em sessão realizada no dia 14 de maio de 2015, o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, vencido o eminente Ministro Marco Aurélio, nos autos do Recurso Extraordinário nº 593.727-MG, com repercussão geral reconhecida, admitiu a legitimidade constitucional do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal.

5 Disciplinado através da Resolução nº 13/06 do Eg. Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta o art. 8º da Lei Complementar nº 75/93 e o art. 26 da Lei nº 8.625/93.

6 Dispõe o art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85, que "O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informa-

em solo constitucional, no art. 129, inc. III, que dispõe ser função institucional do Ministério Público promovê-lo para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Debruçando-se sobre suas origens, Mazzilli lembra que, inovando no direito brasileiro, os arts. 8º e 9º da Lei da Ação Civil Pública inspiraram-se no instituto do inquérito policial, para instituir o inquérito civil como procedimento de investigação e coleta de dados para a propositura da ação civil pública. (MAZZILLI, 2015, p. 40).

A partir da Constituição Federal de 1988, outros diplomas legais acabaram elegendo o inquérito civil como importantíssimo procedimento extrajudicial voltado para a colheita de dados preparatórios à ação civil pública, dentre eles, a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência<sup>7</sup>, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>8</sup>, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor<sup>9</sup>, a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1992, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público<sup>10</sup>, a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que instituiu a Lei Orgânica do Ministério Público da União<sup>11</sup>, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do

---

ções, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.  
7 Art. 6º. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, não inferior a 10 (dez) dias úteis.

8 Art. 201. Compete ao Ministério Público: V – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal.

9 Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

10 Art. 26. No exercício de suas funções o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes (...).

11 Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União: VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para: a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

Idoso e dá outras providências<sup>12</sup>.

Destarte, a Lei da Ação Civil pública foi sucinta no que tange à instrução do inquérito civil. Assim como se dá com a instrução do inquérito policial ou do procedimento investigatório criminal, não há rigidez procedimental para a realização dos atos investigatórios que, à evidência, seguem forma livre, ajustando-se ao caso concreto. Não obstante, não é exagero afirmar que o sucesso da atuação desempenhada pelo Ministério Público na seara da tutela coletiva depende diretamente da eficácia dos trabalhos de investigação por ele dirigidos ao longo da instrução do inquérito civil. (PROENÇA, 2001, p. 49).

Assim sendo, despontam como indispensáveis à instrução do inquérito civil, dentre outras medidas, as requisições de diligências e documentos diversos pelo órgão do Ministério Público que o preside<sup>13</sup>. Não se confundem as requisições com meros pedidos ou solicitações. Constituem-se, pois, em verdadeiras ordens legais encaminhadas pelo *Parquet* para que se entregue, apresente ou forneça algo. (MAZZILLI, 2015, p. 175).

Com efeito, esse verdadeiro poder de requisição conferido ao Ministério Público não encontra previsão, apenas, no art. 8º, § 1º, da Lei da Ação Civil Pública. Ao lado da própria Constituição Federal, em seu art. 129, inc. VI, diversos diplomas legais também contemplam, de forma expressa, essa ferramenta legal, com especial destaque para a Lei Complementar nº 75/93<sup>14</sup>, para a Lei nº 8.625/93<sup>15</sup>, e, no

---

12 Art. 74. Compete ao Ministério Público: I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso.

13 De acordo com o art. 6º, § 10, da Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, do Eg. Conselho Nacional do Ministério Público, “todos os ofícios requisitórios de informações ao inquérito civil e ao procedimento preparatório deverão ser fundamentados e acompanhados de cópia da portaria que instaurou o procedimento ou da indicação precisa do endereço eletrônico oficial em que tal peça esteja disponibilizada”.

14 Art. 8º. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; § 3º. A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.

15 Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas

Estado de São Paulo, para a Lei Complementar Estadual nº 734/1993.

E, para o C. Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo a prévia instauração de inquérito civil ou qualquer outro procedimento administrativo se apresenta como necessária para o seu escorreito exercício<sup>16</sup>.

Nessa linha de inteligência, buscando conferir unidade, coerência e completude ao sistema por ele proposto por via da Lei da Ação Civil Pública, entendeu o legislador ordinário que, diante da magnitude das atribuições conferidas ao Ministério Público, deveria lançar mão de norma penal para assegurar seu pleno exercício.

Dessa forma, resta claro que a leitura promovida pelo intérprete ao tipo penal que ora se busca analisar não pode se dar de maneira isolada, mas em consonância com as próprias missões conferidas ao *Parquet*, vale dizer, de maneira sistêmica, uma vez que, “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual.” (FREITAS, 2010, p. 76).

### **3 CRIMES PRATICADOS POR PREFEITOS MUNICIPAIS**

*Ex vi* do disposto no art. 29, inc. X, da Constituição Federal de 1988, o julgamento do Prefeito Municipal pelos crimes de responsabilidade propriamente ditos, vale dizer, pelos delitos comuns previstos no Decreto-lei nº 201/67, que contam com a previsão de penas privativas de liberdade para seus autores (SCARANCA FERNANDES, 2002, p. 138), e por quaisquer outras infrações penais previstas no Código Penal, ou em leis penais extravagantes, ocorre diretamente perante o Tribunal competente, seja ele Estadual, Federal, Militar ou até mesmo Eleitoral, nos exatos termos da Súmula 702 do Su-

---

em lei; b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

<sup>16</sup> REsp. 873.565/MG, Rel. Min. Francisco Falcão. 1ª T., j. em 05.06.2007, DJ 28.06.2007, p. 880.

premo Tribunal Federal. E, encerrado seu mandato popular, seja pelo decurso do período, pela perda ou cassação, a competência é imediatamente deslocada para o órgão jurisdicional de piso, sendo considerados válidos todos os atos processuais já realizados em segundo grau de jurisdição<sup>17</sup>.

De outro vértice, o procedimento aplicável vem estabelecido pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, com as alterações que lhe foram feitas pela Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993, que cuida do rito especial na ação penal de competência originária dos Tribunais, destacando-se, dentre outras peculiaridades, a necessidade, para o recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa, da notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias<sup>18</sup>. A decisão que recebe ou rejeita a inicial deveria ser monocrática, mas colegiada, cabendo à Câmara Criminal realizar o juízo de admissibilidade da acusação em sessão de julgamento que admite, pelo prazo de quinze minutos, primeiro ao Ministério Público e depois à defesa, o exercício da faculdade de sustentação oral. Recebida a acusação, dispõe a Lei nº 8.038/90, em seu art. 7º, que o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se houver.

Feitas essas necessárias observações, tem-se que o rito especial estabelecido pelo legislador de 1990 merece reparos e adaptações à realidade atual, reconhecendo-se como ab-rogadas algumas disposições da Lei nº 8.038. Malgrado a reforma processual imprimida ao Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, não tenha alcançado a Lei nº 8.038/90, força é convir que, por coerência, o interrogatório do acusado deve se dar, agora, ao final da instrução, e não logo após o recebimento da peça acusatória, nos

---

17 E, de acordo com a Súmula 164 do STJ, o Prefeito Municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967.

18 Art. 4º. Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias.

termos do art. 400 do diploma legal adjetivo, sob pena de nulidade.

De outro giro, não se justifica, nos dias de hoje, que, exercitado o direito de defesa mediante o efetivo atendimento ao disposto no art. 4º da lei de regência, providência que, via de regra, se dá por meio da expedição de cartas de ordem, cujo prazo para cumprimento se revela flagrantemente dilatado, uma vez recebida a denúncia ou a queixa, seja determinada a citação do agora réu para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa prévia. Ora, oportunizar ao acusado duas defesas escritas, uma antes do recebimento da denúncia, ou queixa, e outra após a admissão da acusação significa postergar o início da instrução processual única e exclusivamente em razão da sua condição pessoal.

E, nessa linha de intelecção, nem mesmo o disposto no art. 513 e seguintes do Código de Processo Penal serve de sustentação à manutenção dessa sistemática. Como se sabe, o art. 513 do diploma processual reproduz o que dispunha o Código de Processo Criminal de 1832 para a formação da culpa nos processos afetos a “crimes de responsabilidade de empregados não privilegiados”, sendo que, de acordo com José Frederico Marques,

(...) não havia, outrora, o inquérito policial a não ser nos crimes comuns: nos crimes funcionais, ou delitos próprios, tal forma de investigação ou *informatio delicti* não era admitida. Incompreensível é que os autores do projeto do atual Código de Processo Penal não tenham atentado para isso e, em consequência, tenham inserido em seus textos uma norma obsoleta como a do art. 513, onde até em justificção se fala, e isso sem nenhum propósito. (FREDERICO MARQUES, 2009, p. 368).

Destarte, não sendo admitida, naquela época, a investigação preliminar à propositura da ação penal nos crimes ditos funcionais, poder-se-ia sustentar a necessidade, por força da condição dos seus agentes, de prévia notificação defensiva. Mas, atualmente, essa razão de ser não mais subsiste, nos termos de entendimento já sumulado

pelo C. STJ<sup>19</sup>. Assim, não se justifica, aqui, a manutenção do oferecimento de defesa prévia após a citação do acusado, máxime diante da possibilidade de serem alegadas quaisquer questões de ordem fática ou jurídica, pelo agente denunciado, quando da sua notificação anterior ao recebimento da denúncia ou queixa.

Atento à nova sistemática processual penal brasileira, Eugênio Pacelli assevera que a supressão da defesa prévia, em sede de competência originária, se justifica exatamente pelo afastamento do interrogatório da fase inicial, sendo que “Tudo que poderia ser dito na defesa prévia do art. 8º (Lei nº 8.038/90) poderia sê-lo, em maior amplitude, na resposta escrita anterior ao recebimento da denúncia ou queixa.” (PACELLI, 2014, p. 788).

De outro vértice, a fase extrajudicial também guarda singularidades. Atenta ao mandamento constitucional, no Estado de São Paulo, a Eg. Procuradoria-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições e à vista das manifestações da Subprocuradoria Geral de Justiça Jurídica, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, e da Câmara Especializada em crimes praticados por Prefeitos da Procuradoria de Justiça Criminal<sup>20</sup>, editou o Aviso nº 37/2011-PGJ, de 21 de janeiro de 2011, recomendando aos membros do Ministério Público que, recebendo representação, peças de informação ou notícia de fato que, em tese, configurem crime cuja autoria seja atribuída à autoridade detentora de foro por prerrogativa de função, ainda que constatada no curso de qualquer investigação, procedam ao seu encaminhamento imediato, ou de cópia das peças necessárias, mediante manifestação fundamentada com indicação do fato delituoso, para adoção das providências cabíveis.

O que se veda, portanto, é que investigações de fatos criminosos cuja autoria possa ser imputada a Prefeito Municipal ocorram em primeiro grau de jurisdição, seja ela de forma independente pelo

19 Súmula 330 do STJ: É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal na ação penal instruída por inquérito policial.

20 Protocolado nº 128.076/10.

Ministério Público ou por meio da Polícia Judiciária, sem que se fale, aqui, em prévia autorização judicial como condição de procedibilidade. Na dicção de Eugênio Pacelli,

(...) embora o Tribunal atue na supervisão e no controle de legalidade da investigação, não há que se falar na necessidade de *autorização* judicial para a instauração do inquérito policial. Supervisão, insista-se, não implica titularidade acerca da pertinência ou cabimento da investigação, mas tão somente o controle de sua legalidade. (PACELLI, 2014, p. 786).

Seja como for, não se pode atribuir a pecha de nula, por vício de competência, à investigação conduzida pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária, com suporte em primeiro grau de jurisdição, se, no curso dos trabalhos investigatórios, sobrevierem elementos de convicção, que apontem a existência de fundados indícios de autoria criminosa por agente detentor de foro por prerrogativa de função.

Nessa linha de intelecção, a 6ª T. do C. STJ, nos autos do *Habeas Corpus* nº 269.043-PA (2013/0117367-1), relatora a Min. Maria Thereza de Assis Moura, afastou a arguição de nulidade em feito conduzido pela Polícia Judiciária, que se prestava a investigar a prática de crimes dolosos contra a vida e que, no desenrolar dos fatos, apontou indícios de autoria por Prefeito Municipal.

Dessa forma, tem-se que o processamento do feito que busca apurar e eventualmente imputar ao Prefeito Municipal a prática do crime previsto no art. 10 da Lei da Ação Civil Pública deve necessariamente obedecer a essa sistemática, sendo recomendado, ainda, que o órgão do Ministério Público requisitante tome a cautela de colher do próprio destinatário manifestação que comprove o recebimento da ordem, tal qual indicado no Aviso nº 126/2005, de 17 de março de 2005, da Eg. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo<sup>21</sup>.

---

21 O Procurador-Geral de Justiça, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 19, inciso XII, alínea "c", da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, e a pedido do procurador de Justiça Luiz Roque Lombardo Barbosa, coordenador da Assessoria de crimes cometidos por

#### **4 O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA À REQUISIÇÃO EMANADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PRATICADO POR PREFEITO MUNICIPAL**

Como se sabe, o Direito Penal ganha vida através dos tipos penais. Na constatação de Cláudio Brandão, “Para que algum fato ganhe relevância penal, por conseguinte, é necessário que ele esteja subsumido em um tipo; isto significa que o legislador torna pertinente ao direito penal uma conduta quando a materializa em uma lei.” (BRANDÃO, 2014, p. 19).

Destarte, é voz comum afirmar-se que o Direito Penal atual está em crise. Que este ramo do Direito não atende de maneira satisfatória, nos dias que correm, às expectativas sociais. Nessa quadra, Maximiliano Rusconi chega a dizer que

Es indudable que hoy deberíamos poner seriamente en duda la capacidad del derecho penal para cumplir los objetivos que se predicen como su propia justificación. El derecho penal debe ser uno de los mecanismos de control social más ineficientes desde el punto de vista, incluso, de una relación costo-beneficio. Índices inusitados de violencia, frente a tan escasos resultados. (RUSCONI, 2005, p. 2).

Jesús María Silva Sánchez, por sua vez, afirma que

En efecto, es cierto que el Derecho penal, entendido como potestad punitiva del Estado (Derecho penal en sentido subjetivo, *ius puniendi*), fundamentada y limitada por la existencia de un conjunto de normas primarias y secundarias (Derecho penal en sentido objetivo), se halla en crisis. Es ésta fundamentalmente una crisis de legitimación: se

---

Prefeitos Municipais, órgão do Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, RECOMENDA aos Promotores de Justiça que as representações encaminhadas à Procuradoria-Geral de Justiça comunicando a eventual prática do crime previsto no art. 10 da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) – “constitui crime [...] a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público” -, sejam instruídas com cópia do ofício encaminhado ao Prefeito do Município, com recibo firmado pelo destinatário ou certificação de que a autoridade se recusou a apor sua assinatura, de forma a ficar demonstrada sua plena e inequívoca ciência da requisição do Ministério Público.

cuestiona la justificación del recurso por parte del Estado a la maquinaria penal, su instrumento más poderoso. (SÁNCHEZ, 2012, p. 5).

Ora, se por um lado a aludida ineficiência do Direito Penal decorre de verdadeira crise de legitimação social entre este ramo do Direito e os bens e valores que, no limiar do séc. XXI, em um Estado democrático de Direito, se deveria proteger, de outro vértice, resta inegável que grande parte da inoperância a ele atribuída decorre justamente da péssima técnica legislativa demonstrada pelo legislador penal ordinário na construção de tipos penais.

Nessa linha de intelecção, a adequação típica da conduta verificada no caso concreto com o crime previsto no art. 10 da Lei da Ação Civil Pública, diante dos seus elementos normativos, também requer cautelas, sob pena de se ver frustrada a pretensão penal acusatória. O delito *sub examine* trata, em síntese, de especial modalidade de desobediência, e tem como objeto jurídico a administração da justiça e a autoridade das requisições ministeriais. (ROCHA JÚNIOR, 2006).

Ocorre que, distanciando-se da redação contida no Decreto-lei nº 201/67 que, em seu art. 1º, inc. XIV, *in fine*<sup>22</sup>, cuida do crime de desobediência à ordem judicial por Prefeito Municipal, e do próprio Código Penal, que trata do crime de desobediência a ordem legal de funcionário público de forma ampla<sup>23</sup>, o legislador ordinário de 1985 cuidou de inserir, no tipo do art. 10 da Lei nº 7.347, a expressão “dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil”.

Nessa quadra, na busca do esmorecido exercício de adequação típica, desde logo se pode inferir que não é qualquer requisição desatendida em autos de inquérito civil que levará à imputação, ao Alcaide, do crime de desobediência previsto na Lei da Ação Civil

---

22 Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: XIV – negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente.

23 Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

Pública. Vale dizer, a requisição exarada pelo *Parquet* deve incidir sobre “dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil”.

E, aqui, cabe a pergunta: o que são dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil? A resposta, à evidência, remete ao caso concreto. Não se pode, de antemão, estabelecer quais dados são ou não indispensáveis à propositura da ação civil pública. Mais disso. O crime pode ser praticado ainda que a ação civil pública venha a ser ajuizada, pois, como observa Rocha Júnior,

Em razão não só do princípio da obrigatoriedade, que impõe ao Ministério Público a defesa responsável dos direitos metaindividuais, desde que presentes elementos fáticos e jurídicos mínimos que demonstrem sua agressão, como igualmente em atenção à relevância do direito material envolvido (que, no caso da ação civil em análise, concerne a direitos metaindividuais), o Ministério Público pode entender cabível a propositura da ação mesmo sem os dados indispensáveis, podendo fazer referência à requisição desobedecida na petição inicial e pedir em juízo seja tentada a obtenção dos dados. (ROCHA JÚNIOR, 2006).

De toda a sorte, força é convir que a expressão dados técnicos apresentada pelo legislador ordinário reclama que as informações requisitadas pelo órgão do Ministério Público versem sobre esclarecimentos específicos afetos a determinada arte, ofício ou profissão. Para José dos Santos Carvalho Filho, dados técnicos

(...) são aqueles ligados à arte ou à ciência. São, na verdade, os elementos que só podem ser coligidos por pessoas que detenham o conhecimento artístico ou científico em determinadas áreas. Exatamente por deterem esse específico tipo de conhecimento é que tais pessoas veiculam dados dotados de singular particularidade: a precisão. (CARVALHO FILHO, 2004, pp. 352-353).

Essa, inclusive, a orientação dada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, por sua 5ª Turma, nos autos do Recurso Especial nº 785.129-RS (2005/0160295-8), julgado em 29 de junho de 2006, sendo relator

o Ministro Felix Fischer, ao afirmar que “dados técnicos” referem-se “a qualquer informação dependente de um conhecimento ou trabalho específico, que seja peculiar de determinado ofício ou profissão”.

E, nessa senda, força é convir que serem ou não as informações requisitadas pelo órgão do Ministério Público *dados técnicos* é matéria que, juntamente com as demais elementares do tipo penal, confunde-se com o mérito da causa e que, portanto, deve ser comprovada ao longo da instrução processual, não podendo servir de obstáculo ao recebimento da denúncia que, nos exatos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, revele-se apta à instauração da relação processual<sup>24</sup>.

O que se veda, pois, é que se faça prejulgamento da causa para, em momento processual inadequado, inferir-se, diante do caso concreto, se os *dados técnicos* negados ao Ministério Público eram indispensáveis, ou não, à propositura da ação civil pública. Vale dizer, que questões extrajurídicas, de cunho marcadamente político, interfiram na escorreita apreciação da admissibilidade da acusação e impeçam, de maneira totalmente equivocada, o pleno exercício do direito de ação pelo Ministério Público.

De observar-se, por oportuno, que essa mesma exegese incide sobre o crime de desobediência previsto no art. 8º, inc. VI, da Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, e sobre o crime de desobediência inculpido no art. 100, inc. VI, da Lei nº 10.741/2003, Estatuto do Idoso, por apresentarem, ambos os tipos penais, a expressão “dados técnicos”, devendo ser observado, diante de aparente conflito de normas, o princípio da especialidade, máxime se se considerar que as sanções penais previstas nos respectivos preceitos secundários são distintas.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, vale dizer, a vontade livre e consciente de recusar, retardar, ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública pelo Parquet, elemento vo-

---

<sup>24</sup> Nesse sentido: STJ, 6º T. H.C. nº 209.276-BA (2011/0131959-5), Rel. Min. Maria Thereza A. Moura.

litivo que não pode ser sumariamente excluído pela mera delegação do efetivo cumprimento à ordem ministerial, pelo Alcaide, aos seus subordinados. Como chefe do Poder Executivo Municipal e inequívoco destinatário da ordem legal emanada do Parquet, ainda que haja delegação do seu efetivo atendimento, é inegável que compete ao próprio Prefeito fiscalizar seu tempestivo cumprimento, sob pena de se falar, aqui, em concurso de pessoas.

Essa, inclusive, a orientação dada por Juarez Tavares, quando, tratando da relevância penal da omissão no âmbito da Administração Pública, afirma que “se o chefe ordena que o subordinado realize uma tarefa, deve fiscalizar sua execução para que essa não venha a lesar bem jurídico da própria administração ou de terceiro. (TAVARES, Juarez. 2012, p. 321).

Nessa ordem de valores, ao contrário do sustentado por juristas de renome, Por todos, confira-se Gilberto Passos de Freitas, ao afirmar que seria o caso, por exemplo,

(...) de um diretor de uma repartição que, atendendo à requisição do Ministério Público, determina, ao funcionário encarregado de um setor, o fornecimento dos dados solicitados e este, dolosamente, deixa de consignar certos dados. Ele não responderia pelo crime. O mesmo se daria no caso em que o funcionário encarregado de receber as requisições e ofícios endereçados à autoridade superior, não os encaminhe o ofício requisitório do Ministério Público à pessoa ao qual foi endereçado. Esta não poderá ser responsabilizada. (FREITAS, , 2015, p. 311-320).

Não se há de falar, *in casu*, na aplicação do princípio da confiança, que encontra o seu fundamento material no princípio da auto-responsabilidade (DIAS, 2001, p. 365), como critério limitador do dever concreto de cuidado. Lembra Juarez Tavares que

O princípio da confiança foi desenvolvido pela jurisprudência, especialmente, no direito de trânsito. Hoje tem aplicação mais ampla, estendendo-se a todos os setores

em que haja uma atuação conjunta, ou seja, atividades comunitárias ou em divisão de trabalho. Alguns autores, inclusive, como Jakobs, o utilizam como critério geral de imputação. Segundo este princípio, todo aquele que atende adequadamente ao cuidado objetivamente exigido, pode confiar que os demais coparticipantes da mesma atividade também operem cuidadosamente. A consequência da aplicação deste pensamento no direito penal será a de excluir a responsabilidade dos agentes em relação a fatos que se estendam para além do dever concreto que lhes é imposto nas circunstâncias e nas condições existentes no momento de realizar a atividade. (TAVARES, 2009, p. 313).

Aqui, é forçoso reconhecer que a confiança não se sobrepõe ao especial dever de controle que todo mandatário popular exerce sobre o proceder de seus subordinados, notadamente porque, como sintetiza Hely Lopes Meirelles, como governante do Município, “o prefeito é seu representante legal e condutor dos negócios públicos locais; como chefe do Executivo, é a autoridade suprema da Administração Municipal, tendo preeminência sobre todas as demais.” (MEIRELLES, 2006, p. 711).

De outro vértice, inexistindo a previsão da modalidade culposa, caso a desobediência seja causada por mera negligência, não se há de falar na prática de crime. É o caso, *v.g.*, da momentânea desestabilização administrativa verificada no início de mandatos eletivos. Ao iniciar sua gestão, não é incomum que o Prefeito Municipal ainda não tenha o completo domínio da máquina administrativa, desconhecimento que, por vezes, pode levar ao não atendimento da requisição ministerial.

Todavia, é forçoso reconhecer que, como já adiantado, essa desestabilização administrativa deve ser momentânea, e não duradoura. Vale dizer, deve ser a exceção, e não a regra.

## **5 CONCLUSÃO**

Aceita-se que, em um Estado democrático de Direito, apenas bens

jurídicos de extremo relevo para a sadia convivência social é que podem ser objeto de atenção do legislador penal ordinário.

Ocorre que concretizar o conteúdo material do delito implica, à evidência, em exercitar inequívocos juízos de valor. Assim sendo, a transposição do conceito abstrato de bem jurídico-penal para a concretização dos bens e valores, que o legislador está autorizado e, por vezes, até obrigado a criminalizar, reclama a necessidade de se operar um instrumento idôneo capaz de servir, com segurança, de parâmetro ao sistema penal. Nessa senda, é justamente a Constituição Federal que assume tal condição, atuando como limite negativo do Direito Penal, sendo admitida toda criminalização que não atente contra o texto constitucional.

Destarte, a criminalização de condutas que importem na recusa, no retardamento, ou na omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública, quando requisitados pelo Ministério Público aos Prefeitos Municipais, encontra amparo na Carta Política de 1988 que, com muita clareza, confiou à Instituição o especial mister de defender o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. Para tanto, resta evidenciado que é justamente nesse modelo de Estado que o Direito Penal revela sua dupla face, pois, por um lado, este ramo do Direito assume papel claramente voltado a restringir liberdades públicas e, por outro, apresenta-se como imprescindível instrumento de promoção e efetivação dos direitos fundamentais. Essa verdadeira simbiose existente entre a efetiva defesa dos direitos transindividuais e a necessidade de se socorrer de norma penal, que assegure ao Ministério Público o escorreito exercício de suas precípuas funções reclama, em última análise, que se faça séria e comprometida exegese do art. 10 da Lei da Ação Civil Pública, sob pena de se ver comprometido todo o sistema jurídico construído para a efetivação dos direitos fundamentais e, por conseguinte, a eficácia irradiante da norma hipotética fundamental que a ele orienta.

# THE CRIME OF DISOBEDIENCE TO THE REQUEST ISSUED BY THE PUBLIC MINISTRY IN CIVIL INQUIRY AND THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE MAYOR

## ABSTRACT

*This article seeks to analyze the crime of disobedience provided for in article 10 of Law nº 7.347/85 when practiced by the Mayor in the light of the constitutional profile given to prosecutors by the Federal Constitution of 1988.*

**Keywords:** *Public Ministry. Request power. Civil Survey. Disobedience. Mayor.*

## REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública: comentários por artigo**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública: comentários por artigo**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 352-353.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal: sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- FREderico Marques, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. V. 3. 3ª atualização. Campinas: Millennium, 2009.
- FREITAS, Gilberto Passos de. **Breves considerações sobre o crime de desobediência da lei da ação civil pública**. In, MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: RT, 2015.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Ministério Público: a Constituição e as**

**Leis Orgânicas.** São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nígro. **O Inquérito Civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro.** 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais.** 2ª edição. São Paulo: RT, 2007.

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça.** São Paulo: RT, 2001.

ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. **Breves comentários ao art. 10 da Lei nº 7.347/85.** Revista CEJ, Brasília, nº 35, p. 28-34, out./dez. 2006.

RUSCONI, Maximiliano. **Las fronteras del poder penal.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.** 2ª ed. ampliada y actualizada. Montevideo: B de F, 2012.

\_\_\_\_\_. **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.** 2ª ed. ampliada y actualizada. Montevideo: B de F, 2012, p. 5.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional.** 3ª edição. São Paulo: RT, 2002.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos crimes omissivos.** São Paulo: Marcial Pons, 2012

# Direito Penal Econômico e a Operação Lava-Jato<sup>1</sup>

Lino Edmar de Menezes<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo analisa os crimes de natureza econômica investigados no âmbito da Operação “Lava-Jato”, bem como as suas repercussões na economia de mercado.

**Palavras-Chave:** *Crimes. Econômicos. Investigação. Criminal.*

## 1 INTRODUÇÃO

Com a deflagração da “Operação Lava-Jato”, em todas as suas fases, evidenciou-se a prática de vários delitos envolvendo empreiteiras, políticos, empregados da Petrobras e também doleiros, estes últimos, como responsáveis pela efetiva garantia do produto da corrupção por meio do crime de lavagem de capitais, providenciando o transporte, ou a entrega direta do dinheiro aos beneficiários, ou, ainda, promovendo as transferências dos numerários para contas situadas no exterior, de modo a dificultar a localização e a origem dos bens, ou valores provenientes da precedente corrupção gerada por uma organização criminosa composta por políticos, empresários e doleiros.

Os repasses dos valores desviados, em geral, tinham por base falsos contratos de prestação de serviços, ou superfaturamento das planilhas de composição de preços dos contratos firmados com a Petrobras.

---

<sup>1</sup> Data de recebimento: 10/11/2017. Data de aceite: 19/02/2018.

<sup>2</sup> Professor da Universidade Federal do Ceará. Procurador Regional da República. E-mail: lino@mpf.mp.br

Com algumas variantes, em regra, a lavagem era feita pelo método tradicional, de depósitos bancários em contas mantidas em paraísos fiscais e, depois de rastreados, com a colaboração do Ministério Público do país destinatário dos depósitos, especialmente a Suíça, eram identificados os beneficiários dessas propinas e, com base em acordo mútuo de auxílio em matéria penal com esse país, ocorria o imediato bloqueio judicial desses depósitos, para a futura repatriação aos cofres da Petrobras, o que, aliás, já ocorreu em grandes cifras, reembolsadas pela estatal.

Relembre-se que, aos poucos, os investigados resolveram firmar acordos de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, facilitando a expansão da operação “Lava-Jato” que, debruçada em documentos e delações sucessivas, já atingiu o próprio Presidente da República, denunciado perante o Supremo Tribunal Federal por corrupção passiva (ainda estão em apuração os crimes de integrar organização criminosa e de obstrução de justiça), sendo que o Conselho Superior do MPF prorrogou a permanência da força-tarefa da Lava-Jato até o final do próximo ano, e a nova Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, recentemente nomeada, manifestou seu apoio ao prosseguimento das operações.

A partir das informações colhidas no sítio eletrônico do MPF sobre a operação referida, depreende-se que as várias ações penais já propostas, e muitas já com condenações, enquadraram os autores em alguns crimes tipicamente considerados do âmbito do Direito Penal econômico, tais como: corrupção ativa e passiva; organização criminosa; fraudes em licitações; evasão de divisas; sonegação fiscal; formação de cartel; peculato e o de maior destaque no estudo dos tipos penais econômicos, o crime de lavagem de dinheiro, previsto na Lei n. 9.613/98, alterada pela Lei n. 12.683/2012, que passou a considerar que o produto de qualquer crime antecedente, atendidas as premissas da lei, poderá ser objeto do crime de lavagem de dinheiro.

Deu-se ênfase, nessas divulgações no sítio eletrônico do MPF,

ao esforço dos integrantes da força-tarefa em repatriar os valores situados no exterior, e as várias condenações a título de multas reparatórias, além da obrigação de os beneficiários das delações devolverem aos cofres da Petrobras as quantias desviadas, computadas pelas empreiteiras na composição dos preços, e nos contratos superfaturados com a estatal, como verba destinada a propinas de altos dirigentes da Petrobras, além de uma conta-corrente mantida pelas empreiteiras para direcionar as propinas aos partidos políticos da base aliada e, também, para benefício direto e pessoal de alguns parlamentares.

No presente artigo, pretende-se pôr em relevo a incidência dos crimes econômicos revelados nessas operações, bem como alguns aspectos doutrinários relevantes sobre esse ramo do direito criminal que, embora não seja autônomo, merecem ser destacados alguns conceitos e categorias próprias dessa faceta do direito penal que já goza de relativa autonomia, inclusive compondo a grade curricular de alguns cursos de graduação em Direito.

## **2 A NATUREZA DOS CRIMES ECONÔMICOS**

A doutrina procura oferecer um conceito para o direito penal econômico, merecendo transcrever a lição do Professor Manuel Pedro Pimentel (1973), externando que esse ramo do direito compreende:

Um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização. São, portanto, a segurança e a regularidade da realização dessa política que consiste precipuamente o objeto do direito penal econômico. Além do patrimônio de indefinido número de pessoas, são também objeto da proteção legal o patrimônio público, o comércio em geral, a troca de moedas, a fé pública, e a Administração Pública, em certo sentido. (PIMENTEL, 1973, p.21).

No mesmo sentido é a opinião de William Terra de Oliveira, sin-

tetizando que:

Os traços distintivos dessa espécie de criminalidade residem nos fatos de tutelarem bens jurídicos supraindividuais, relacionados à preservação dos valores da ordem econômica, de envolverem em seu polo ativo, pessoas de elevado estatuto social, e de serem um meio para a realização dos objetivos delineados pelo chamado Estado democrático e social de Direito. (OLIVEIRA, p.235).

Os doutrinadores relacionam alguns delitos com feições do direito penal econômico, a partir do bem jurídico protegido, reconhecendo, outrossim, que, em regra, os conceitos e categorias do direito penal em sua parte geral aplicam-se a essas espécies de delitos.

Normalmente, os estudiosos relacionam os seguintes delitos como da seara do direito penal econômico, tendo em conta o bem jurídico que pertine com a proteção das relações econômicas, empresariais e consumeristas, bem como quando afetam a moralidade administrativa, envolvendo, portanto, direitos transindividuais<sup>3</sup>:

<b>NORMA</b>	<b>OBJETIVIDADE JURÍDICA</b>	<b>BEM JURÍDICO</b>
Lei n. 8.137/90 (art. 1º a 3º)	Delitos contra a ordem tributária	Erário público e proteção da política socioeconômica do Estado
Lei n. 8.137/90 (art. 4º a 6º)	Delitos contra a ordem econômica	Livre concorrência e livre iniciativa
Lei n. 8.137/90 (art. 7º)	Delitos contra as relações de consumo	Interesses econômicos ou sociais do consumidor
Lei n. 8.176/91	Delito contra a ordem econômica	Fontes energéticas
Lei n. 8.078/90	Delitos contra as relações de consumo	Relações jurídicas de consumo
Lei n. 7.492/86	Delitos contra o sistema financeiro nacional	Higidez da gestão das instituições financeiras
Lei n. 9.613/98 (modificada pela Lei n. 12.683/2012)	Delitos de ocultação de bens ou lavagem de capitais	Administração da Justiça e a ordem socioeconômica
Código Penal (Art. 168-A e 337-A)	Delitos contra o sistema previdenciário	Interesse patrimonial da previdência social

3 Cf.: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portal/tvjustica>

Código Penal (Art. 334)	Delitos de contrabando e descaminho	Interesse econômico do Estado; proteção do mercado
Código Penal (Art. 359-A a 359-H)	Delitos contra as finanças públicas	Regularidade das finanças públicas
Código Penal (Art. 317 e 333)	Delitos contra a Administração Pública	Regularidade e moralidade das funções estatais

Esses delitos se destacam pelo bem jurídico protegido, além do que, em regra, são considerados crimes de perigo abstrato, pois a conduta (ação ou omissão) prevista na moldura típica, traz a presunção de que é lesiva ao mundo econômico, não se exigindo, de forma individual e concreta, uma lesão a uma vítima determinada, eis que, por definição, são crimes de natureza transindividuais ou difusos.

Calha observar que os crimes investigados no âmbito da Lava-Jato são todos dessa natureza, pois afetam bens jurídicos transindividuais, sendo o mais grave deles a lavagem de dinheiro, que representa um verdadeiro exaurimento da ofensa ao meio econômico, com a inserção na cadeia produtiva, comercial e de serviços, do dinheiro sujo proveniente dos crimes antecedentes, o que é presumido afetar o equilíbrio do mercado, das relações econômicas e da livre concorrência. Até mesmo o crime de sonegação fiscal praticado por uma empresa tem sérias consequências no mundo econômico, conforme alerta a professora Ela Wiecko. (CASTILHO, 2007).

### 3 OS EFEITOS DA OPERAÇÃO LAVA-JATO NA ECONOMIA

Apesar dos esforços para se combater esses delitos da alta criminalidade – também chamados de colarinho branco – alguns setores da imprensa nacional chegaram a criticar os efeitos danosos da “Operação Lava-Jato” no desenvolvimento do País, como foi o caso da reportagem da revista *Carta Capital*, com o título “A Lava-Jato e o Governo destroem a economia”, tecendo considerações de conteúdo econômico para descredenciar as ações do Ministério Público e do Judiciário, principalmente o fato de não se exigir desses funcionários

“nenhuma experiência anterior em negócios e economia”, destacando que:

O Brasil pagará por gerações pelos erros cometidos. A lava-jato se gaba de ter devolvido ao País 2 bilhões de reais. E quantos bilhões a gente gastou para isso? Do ponto de vista econômico, essa conta não fecha. A maioria das consultorias, que calcularam o prejuízo provocado à economia pela operação estimou-o em cerca de 120 bilhões de reais. (DRUMMOND, 2016).

No referido artigo, a crítica continua, profetizando:

O dano deve aumentar. Cerca de 31 bilhões de reais em projetos aprovados de aeroportos, rodovias e mobilidade urbana, com capacidade de gerar 900 mil empregos, segundo o cálculo dessa revista, estão parados, porque o financiamento com o BNDES, contratado com os vencedores das licitações, todos envolvidos na lava jato, não sai.

E, concluindo, prevê a quebraadeira das empreiteiras envolvidas na lava-jato:

Na terça-feira 11, o BNDES anunciou a suspensão de pagamentos e a revisão de 47 contratos de exportação de serviços de engenharia de empreiteiras implicadas na operação, no valor de 13,5 bilhões de reais. Receia-se no setor que, por meio de relitações, as empreiteiras nacionais serão afastadas em definitivo dos financiamentos de longo prazo do banco, imprescindíveis às grandes obras públicas, e substituídas por construtoras estrangeiras.

A troca talvez não seja tão fácil quanto alguns presumem. Empresas estrangeiras não virão ao Brasil de uma hora para outra antes de saber como fica a segurança jurídica e sob que condições vão trabalhar. Nós podemos permanecer cinco ou dez anos sem ter quem faça a nossa infraestrutura. Como é que fica?

Em sentido contrário, apoiando as ações da “Lava-Jato”, temos vários outros articulistas enfatizando o inadiável combate à corrupção

como forma de termos instituições democráticas mais acreditadas e eficientes, além de evitar a deletéria influência de recursos escusos na economia, geradores de um clima econômico de investimentos duvidosos e de abalos no mercado, ante o fenômeno da concorrência desleal em vários setores da economia nacional.

Essa posição foi manifestada em artigo publicado na internet, no sítio eletrônico “Brasil-economia e Governo”, com as seguintes palavras de apoio do Instituto Braudel, 2015:

A lava-jato deve ser vista como a afirmação de princípios fundamentais de uma sociedade saudável: a lei vale para todos; a corrupção não deve ser tolerada; o crime deve ser punido. Condená-la em função dos efeitos colaterais que provoca, equivale a dizer que um paciente com câncer não deve se submeter à quimioterapia para não sofrer enjoo ou correr o risco de infecções oportunistas. Por pior que sejam esses efeitos, não há saída sem a quimioterapia.

O risco que a Lava-Jato encerra não é a perda de pontos percentuais do PIB. O risco real é o nosso sistema democrático não aguentar o impacto das revelações. A descensão nos três Poderes e nos partidos políticos pode abrir espaço para ‘salvadores da pátria, que surgiriam como infecções oportunistas ao longo do tratamento e que poderiam levar a resultados tão ruins quanto o próprio câncer.

Com o intuito de passar o País a limpo, alguns novos personagens, não identificados como políticos tradicionais, podem se eleger com proposta que suprimam o funcionamento das instituições democráticas. O País já se viu esse filme e sabemos que tal opção não é promissora.

O desafio é nos mantermos nos trilhos da legalidade e aguentar o tranco até o final das investigações. Precisamos também aproveitar a comoção nacional e a fragilidade dos grupos que patrocinam interesses escusos para aprovar reformas importantes, que melhorem a qualidade das nossas instituições. Poderíamos começar com uma nova rodada de privatizações, que retirassem decisões empresariais da órbita de interesses políticos, bem como fazer melhorias nas regras de governança das empresas estatais e dos fundos de pensão, dois focos de má gestão e corrupção, assim como reduzir a influência política sobre as agências reguladoras. Importante também seria aumentar a probabilidade de punição e o tamanho da pena e da expropriação de recursos dos condenados por corrupção.

Convém ressaltar que, no plano institucional, as críticas à “Lava-Jato” já foram repudiadas pelo atual Procurador Geral da República, que, em entrevistas à imprensa e também em encontros com empresários, tranquilizou a todos sobre os supostos e alegados efeitos negativos da operação na economia. A posição do Procurador Geral foi fielmente reproduzida em artigo virtual da Folha de São Paulo, de 17 de janeiro de 2017, abaixo transcrito:

O procurador-geral Rodrigo Janot dirá nesta quarta-feira (18), para uma plateia essencialmente de empresários, que a Operação Lava-Jato, que ele comanda e já mandou para a cadeia um punhado de executivos de grosso calibre, não é um ataque ao capitalismo.

Ao contrário, dirá Janot, trata-se de defender a economia de mercado, porque tolerar a corrupção praticada por empresas leva inexoravelmente a um capitalismo de compadrio. Esse tipo de capitalismo resulta inexoravelmente em distorções na competição – regra de ouro do capitalismo – porque os compadres dos governantes de turno têm preferências nas obras públicas, em troca de propinas <sup>4</sup>.

#### **4 CONCLUSÃO**

Convém esclarecer ao grande público que a repressão aos crimes por parte dos órgãos estatais independe das opiniões dos analistas econômicos, políticos, empresariais ou dos meios de comunicação.

Prevalece no País o princípio da obrigatoriedade da persecução penal nos crimes de ação penal pública incondicionada, como são todos aqueles investigados durante a Operação Lava-Jato, e, para além disso, o Brasil firmou inúmeros tratados internacionais para combater a macrocriminalidade, obrigando-se a punir os autores de crimes considerados transnacionais, pondo em relevo as ações das organizações criminosas que, por meio de numerosos delitos graves, injetam recursos ilícitos na economia dos países de todo o

---

<sup>4</sup> Cf. em: <http://www.folha.uol.com.br/poder/2017/01/1850560-lava-jato-e-pro-mercado-diz-janot-em-davos.shtml>

planeta, não se justificando que o Estado escamoteie a apuração dessas condutas criminosas sob os falsos argumentos de influência deletéria no meio econômico.

Aliás, os próprios tratados internacionais preveem sanções para quando o País subscritor deixar de adotar as medidas previstas nos referidos tratados, sendo certo que essas convenções internacionais procuram universalizar a punição dos criminosos, dentro de uma concepção de um direito penal internacional, em razão da conhecida cláusula dos tratados que obriga o País-parte a “extraditar ou processar” os autores de crimes que residam em seu território, sendo uma manifestação da chamada “Justiça penal cosmopolita”, desejada por todos nós.

## **CRIMINAL ECONOMIC LAW AND PERATION CAR WASH**

### **ABSTRACT**

*This article analyzes the economic crimes investigated in the framework of operation “car wash”, as well as its impact on market economy.*

**Keywords:** *Crimes. Economics. Investigation. Criminal.*

### **REFERÊNCIAS**

A lava Jato e o governo destroem a economia. **Carta Capital**, política por Carlos Drummond, 31/10/2016. In: << <https://www.cartacapital.com.br/revista/923/a-lava-jato-e-o-governo-destroem-a-economia>>>.

BRASIL-Economia e Governo. publicação do Instituto Braudel, ano 2015.

CASTILHO, Ela Wiecko. **Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 197, ano 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

OLIVEIRA, William Terra. Questões em torno do novo Direito Penal Econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. RT, ano 3, n. 11, p. 235. Operação Lava Jato é pró-mercado, diz Janot em Davos. In: <<<http://www.folha.uol.com.br/poder/2017/01/1850560-lava-jato-e-pro-mercado-diz-janot-em-davos.shtml>>>.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 21.

**Supremo Tribunal Federal**. In: <<<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portal/tvjustica>>>

# Decisão Judicial e Custos dos Direitos: A Utilização da Variável Econômica na Construção da Fundamentação Judicial<sup>1</sup>

*Pedro Henrique Azevedo Lopes Ferreira<sup>2</sup>*

*Rebeca Costa Gadelha da Silveira<sup>3</sup>*

## RESUMO

Exige-se do Judiciário uma constante prestação de contas em sua atividade, sendo esta perfectibilizada por meio da apresentação de fundamentações adequadas de suas decisões. O juiz desempenha um importante papel social, devendo guardar observância com os objetivos da República previstos no art. 3º da Constituição. Para que se apresente uma fundamentação adequada, diversas variáveis devem ser consideradas, destacando-se a inerente aos custos dos direitos. Nesse sentido, o estudo da teoria de Cass Sunstein e Stephen Holmes mostra-se fundamental, o que se procederá mediante uma metodologia direcionada eminentemente à revisão bibliográfica da obra *Custo dos Direitos*, contrastando-a com a realidade brasileira. Todos os direitos são positivos e exigem uma resposta afirmativa do Estado, inexistindo direitos absolutos. A questão dos custos dos direitos merece especial atenção, e, embora não seja a primordial, não pode ser ignorada.

---

<sup>1</sup> Data de recebimento: 07/12/2017. Data de aceite: 19/01/2018.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Entre Rios do Piauí (FAERPI). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Técnico Ministerial no Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: pedro.ferreira@mpce.mp.br

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela Faculdade Entre Rios do Piauí (FAERPI). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Técnica Ministerial no Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: rebecca.silveira@mpce.mp.br

**PALAVRAS-CHAVE:** *Judiciário. Fundamentação das decisões judiciais. Custo dos direitos.*

## **1 INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal Brasileira possui uma forma analítica e um cunho social eminentemente garantidor de direitos. Dentro dessa linha, é dada ao Judiciário, na condição de Poder independente e autônomo, a possibilidade de, sem interferências externas, reconhecer vasto leque de direitos que impactam, não apenas na vida dos que estão a litigar em determinado processo, mas no cotidiano da sociedade como um todo.

Tem-se que, em uma ordem constitucional que elege como o primeiro dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o papel social desempenhado pelo juiz não pode ser ignorado, mormente quando, em comunhão com tal objetivo, acolhe-se, como direito fundamental, a inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF).

Parece lógico, mas é imperioso que se afirme, que a estrutura estatal traduzida pela Constituição Federal é sustentada e parcialmente perfectibilizada por meio de pesados impostos, gerando recursos que se mostram, a todo tempo, nitidamente escassos.

É preciso, portanto, que haja um constante equilíbrio na atuação jurisdicional, de modo que o juízo, por meio de utilização de diversas variáveis, faça constantes ponderações acerca das teses esposadas pelas partes e das consequências oriundas de sua decisão.

Partindo de tais premissas, o estudo que se desenvolverá nas linhas que seguem tem o intuito de traçar algumas considerações acerca da teoria dos custos dos direitos de Cass Sunstein e Stephen Holmes, perfazendo uma análise acerca da importância da consideração de preceitos nela elencados na elaboração de decisões judiciais nas quais são requestados direitos oponíveis por particulares em face da própria máquina estatal.

Para tanto, a metodologia a ser adotada será de natureza eminentemente qualitativa, consistindo na elaboração de uma pesquisa teórica e bibliográfica, abalizada, pois, nos estudos dos autores mencionados, além de dialética, na medida em que se faz um contraste com a realidade brasileira.

Nesse desenrolar, tem-se a pretensão de demonstrar que os impactos econômicos da decisão judicial devem ser levados em consideração pela autoridade responsável pela prolação do ato decisório. Deseja-se, assim, fornecer subsídios aptos a orientarem a discricionariedade judicial, mormente nos casos em que a simples subsunção do fato à norma, além de não parecer ser suficiente para solver a questão colocada, poderá acarretar consequências extra-autos inicialmente não previstas por quem está a decidir o caso e que, como agente social que é, não pode ignorar.

Com o presente estudo não se tenciona defender que a saída que guarde maior eficiência econômica deva ser aquela a ser necessariamente adotada. Em outras palavras, uma decisão judicial não deve ser exclusivamente ou mesmo precipuamente orientada por critérios econômicos ou pelas consequências que pode trazer. Em verdade, tem-se o intuito principal de demonstrar que o viés econômico deve ser mais um a orientar o juiz na tomada de decisão. Seria, portanto, mais um fator a ser considerado para que se encontre a melhor resposta para o caso concreto, um fator adicional para auxiliar o magistrado na tarefa de fundamentação de suas decisões.

## **2 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O PAPEL SOCIAL DO JUIZ**

A ordem jurídica brasileira exige dos agentes públicos uma constante prestação de contas. Essa *accountability* exigida da Administração Pública é fruto do dever de transparência, que transborda da própria Constituição Federal, mormente em seu art. 37, *caput*, ao

tratar dos chamados princípios mínimos do Direito Administrativo (MARINELA, 2002, p. 80).

No âmbito do Poder Judiciário não é diferente. Exige-se, nesse particular, que a autoridade que decidirá questões que lhes são postas (inclusive por outras esferas de Poder, dentro da própria máquina pública) justifique de modo devido suas decisões. Tal preceito resta patente no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal:

**Art. 93 - IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (grifo nosso).

O processo judicial, portanto, como leciona Streck, trata-se de uma construção compartilhada que se dá por meio da principiologia constitucional, na qual se exige do agente público, que decide a demanda, um respeito ao contraditório e à ampla defesa, assim como às demais regras do jogo, tendo o decisor, como dever precípua, o de justificar adequadamente seus atos jurisdicionais, procedendo ao que se chama de *accountability* hermenêutica (STRECK, 2014, p. 265).

Além disso, como já mencionado, é certo que, em um Estado de cunho social, exige-se que o Judiciário exerça um papel que vai muito além da simples aplicação literal e descompromissada da norma posta.

Na medida em que o art. 3º da Constituição Federal elege como objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, não pode o Judiciário, na condição de Poder responsável por dar guarida ao ordenamento jurídico, ver-se dissociado de uma luta pela concretude do normativo constitucional. Nos dizeres de Nalini, “os juízes não têm a chave

para resolver os problemas do mundo. Mas integram o Estado e não podem considerar-se descomprometidos da tarefa de contribuir para a consecução de seus objetivos” (NALINI, 1997).

Considerando, portanto, que é dentro de uma atividade de construção dialética envolvendo as partes que a decisão judicial é elaborada, e, levando em conta, também, o papel social do juiz no atendimento aos objetivos da República, tem-se que o ente judicante deve levar em consideração algumas variáveis no momento de elaboração da sentença. Uma delas é de suma importância, e, sem sombra de dúvidas, deve ser considerada no processo decisório, mormente quando se trata de efetivação de direitos oponíveis em face do Estado: trata-se do custo dos direitos.

### **3 O CUSTO E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS: A TEORIA DE CASS SUNSTEIN E STEPHEN HOLMES**

Conforme anteriormente mencionado, tem-se que a questão do custo dos direitos deve ser considerada como de singular importância na formação do convencimento do magistrado na emissão do ato decisório.

Diz-se isso, porque as determinações oriundas de uma decisão judicial podem, ao fim e ao cabo, causarem consequências reflexas, ou mesmo diretas, em questões que originalmente não teriam sido postas à mesa do magistrado. Na medida em que se decide de modo irrefletido, economicamente falando, acerca de determinadas questões, pode-se, em verdade, causar prejuízos maiores do que os benefícios que se pretendeu atingir. Em outras palavras, pode-se acabar propriamente por violar mais direitos do que aqueles que se pretendia albergar.

A título exemplificativo, destaca-se a questão da concessão judicial de determinado medicamento ou insumo a pessoa que dele necessita para sobrevivência. A questão já é clássica: certa pessoa,

não tendo condições para custear determinado tratamento médico, e, tendo o pleito negado ou postergado pelos caminhos naturais fornecidos pelo Executivo, socorre-se ao Judiciário com o intuito de resguardar, de modo urgente, o direito fundamental à vida.

Tem-se que a concessão de tais pleitos, pela via jurisdicional, acaba, por vezes, elevando os custos de transação<sup>4</sup> aos quais o Estado originalmente se submeteria na concessão, em situações ordinárias, do bem da vida que é pleiteado.

Como a concessão de determinado pedido pela via jurisdicional acaba por desviar o caminho que naturalmente seria percorrido pelo Executivo, seja com a adição de novas etapas ao procedimento originário, seja com a inovação em questões que sequer estariam originalmente previstas nos planos do administrador, ou mesmo com a supressão de etapas do procedimento ordinário, os custos tendem a se elevar.

No caso de adição de novas etapas ao processo, pode-se falar que a própria judicialização da questão já onera os custos do Estado. O Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça Brasileiro (CPJus) do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) realizou um estudo tendo como base dados coletados do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, e obteve o resultado de que, em 2013, um processo judicial custaria, em média R\$2.369,73 (dois mil trezentos e sessenta e nove reais e setenta e três centavos)<sup>5</sup>. E estes são os custos apenas da mera movimentação da máquina judiciária, desconsiderando-se os custos adicionais oriundos das inovações pleiteadas e concedidas judicialmente.

No que pertine às inovações em questões que originalmente não

---

4 Adota-se, aqui, o conceito de David Driesen e Shubha Ghosh, os quais definem “custos de transação” como os custos de se lidar com as pessoas. Tais custos, segundo os autores, incluiriam custos associados tanto com a contratação privada como com a tomada de decisões governamentais, incluindo os custos de se adquirir informações para ambos os tipos de transações. Seria, portanto, um conceito amplo, mas de extrema utilidade. (DRIESEN; GHOSH, p. 31).

5 IDP. Índice de Desempenho da Justiça IDJus 2013 e Estudo comparado sobre a evolução do Judiciário 2010 - 2013. Disponível em: <[http://cpjus.idp.edu.br/wp-content/uploads/2015/03/IDJUSn4\\_relatorio\\_pesquisa\\_23.02.15.pdf](http://cpjus.idp.edu.br/wp-content/uploads/2015/03/IDJUSn4_relatorio_pesquisa_23.02.15.pdf)>. Acesso em: 16 Jun. 2017.

estariam previstas, pode-se exemplificar com a concessão judicial de tratamentos não dispostos nos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS). É sabido que, para que uma nova tecnologia seja incorporada ao SUS, diversas etapas são seguidas. Entre estas, está a aprovação pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), responsável por uma análise de custo-efetividade da tecnologia a ser integrada ao sistema público de saúde<sup>6</sup>. O deferimento judicial de tratamentos que não passaram pelos trâmites exigidos tende a ignorar questões como *custo-efetividade* ou, ao menos, acaba por não ser dotado do mesmo grau de tecnicidade dos órgãos oficiais responsáveis, o que, por certo, gera um aumento de despesa originalmente não calculado. Na medida em que não se consegue analisar se existe tratamento alternativo cujo binômio custo-efetividade seja mais vantajoso, e, levando em consideração que as partes litigantes tendem a desejar o melhor e normalmente mais caro tratamento existente, resta óbvio que os custos tendem a se elevar.

Na mesma toada, mas em relação à supressão de etapas do procedimento, o último exemplo pode ser aproveitado. Adquirir tratamentos que originalmente não estão previstos no planejamento estratégico do Poder Público acaba por elevar os custos de adquiri-los, na medida em que, na maioria das vezes, acabará por obter apenas o necessário para custear, em cada caso, o tratamento pedido na espécie, gerando um acréscimo no preço do bem adquirido.

Vê-se, portanto, do que já fora traçado, que a questão dos custos dos direitos é de observância fundamental para aquele que determinará que o administrador público, ordenador de despesas originário,

---

<sup>6</sup> “O papel da CONITEC difere bastante do papel da Anvisa na avaliação das tecnologias. A Anvisa realiza uma avaliação de eficácia e segurança de um medicamento ou produto para a saúde visando à autorização de comercialização no Brasil. No entanto, para que essas tecnologias possam ser utilizadas na rede pública de saúde (SUS), além de receber o registro da Anvisa, elas precisam ser avaliadas e aprovadas pela CONITEC, que considerará a análise da efetividade da tecnologia, comparando-a aos tratamentos já incorporados no SUS. Caso a nova tecnologia demonstre superioridade em relação às tecnologias já ofertadas no SUS, serão avaliados também a magnitude dos benefícios e riscos esperados, o custo de sua incorporação e os impactos orçamentário e logístico que trará ao sistema”. CONITEC. Perguntas Frequentes. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 16 Jun. 2017.

aja de modo não previsto em seus planos. Tal questão não merece ser ignorada, sendo o objetivo do presente estudo traçar algumas linhas a respeito do assunto.

Para tanto, pretende-se apresentar a seguir algumas contribuições com base na obra *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, de Cass R. Sunstein e Stephen Holmes. As premissas básicas da obra a serem tratadas adiante são duas: a afirmação de que todos os direitos seriam positivos, e a de que inexistiriam direitos absolutos.

### **3.1 A dicotomia entre direitos positivos e negativos**

Há uma tradicional e difundida divisão doutrinária entre direitos fundamentais tidos por negativos e direitos positivos. No centro da discussão clássica encontram-se os pensamentos de Jellinek e sua teoria dos quatro *status*, assim como a teoria das dimensões ou gerações de direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p 254-269).

A primeira teoria descreve a vinculação do indivíduo para com o Estado, podendo esta ocorrer em quatro níveis (*status*) distintos: passivo, ativo, negativo e positivo. Importam, aqui, precipuamente os dois últimos. Enquanto que, no *status negativus* ou *status libertatis* parte-se do ponto de que o indivíduo é dotado de personalidade e de liberdade própria, com uma esfera pessoal imune à intervenção estatal, no *status positivus* ou *status civitatis*, tem-se que aos indivíduos são disponibilizadas instituições estatais para garantia de direitos.

Nessa mesma linha caminha a teoria das dimensões de direitos fundamentais, inserindo como direitos de primeira dimensão os direitos ligados à liberdade do indivíduo (direitos civis e políticos), ou seja, direitos que envolveriam abstenções estatais. Seriam tais direitos, na clássica concepção de Bonavides, “*direitos de resistência ou de oposição perante o Estado*”(BONAVIDES, 2009, p. 564). Na segunda dimensão de direitos fundamentais, por outro lado, trata-se de direitos que “*nasceram abraçados ao princípio da igualdade*”

(BONAVIDES, 2009, p. 564), podendo o indivíduo exigir do Estado determinadas prestações materiais positivas.

Embora tais teorias tenham peso histórico e prático sem precedentes, é certo que não são imunes a aprimoramentos ou a críticas. Afinal, conforme leciona Karl Popper em sua teoria falsificacionista, teorias científicas são expedientes temporários a serem substituídos quando e se algo melhor aparecer (RESCHER, 2003, p. 25). Não se pretende, aqui, afastar a lógica das teorias resumidamente esposadas acima. O que se quer, a seguir, é apresentar como o pensamento colocado por Sunstein e Holmes contribui na adição de novas camadas ao conhecimento já consolidado pelas teorias clássicas inerentes à efetivação de direitos fundamentais.

Os autores defendem a premissa de que todos os direitos seriam positivos, sempre existindo custos inerentes ao seu exercício. Iniciam apontando que a dicotomia acima explanada é clássica no âmbito dos Estados Unidos, principalmente nos embates de discursos de conservadores e progressistas.

Diz-se que os conservadores costumam defender que direitos positivos acabariam por corroer a “liberdade verdadeira” na medida em que tornariam as pessoas dependentes do governo. E assim seria feito em duas frentes: injustamente confiscando a propriedade privada dos ricos e imprudentemente enfraquecendo a autossuficiência dos mais pobres (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 25).

Os progressistas, por outro lado, aplaudem o surgimento das garantias positivas, interpretando-as como um sinal de aprendizagem política e como um melhor entendimento das exigências de justiça social. Impulsos de caridade teriam finalmente vindo à tona e sido codificados no Direito. O *New Deal* e a *Great Society America* teriam rompido com princípios que serviam apenas aos interesses dos detentores de propriedade e de grandes empresários (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 26).

Mas quem estaria correto? Seriam direitos de propriedade instru-

mentos de puro egoísmo ou fonte da autonomia pessoal? Direitos relativos ao bem-estar social expressam solidariedade ou corrompem a iniciativa própria e causam dependência do povo? Deveriam os indivíduos ser protegidos apenas do governo ou também pelo governo? Tais perguntas estariam no centro do debate americano. Todavia, dizem os autores, se a própria distinção entre direitos positivos e negativos é falha, talvez nenhum dos lados tenha uma base firme para o debate. É a partir deste ponto que a dicotomia entre direitos positivos e negativos começa a ser desconstruída.

Tem-se que a máxima *“where there is a right, there is a remedy”*, ou, em tradução livre, “onde há um direito, há um remédio jurídico capaz de tutelá-lo” é o ponto de partida da questão. Direitos são custosos, porque remédios jurídicos são custosos. A execução de direitos, inclusive os negativos, demanda custos ao Estado.

Segundo Sunstein e Holmes:

Formulated differently, almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse. There are no legally enforceable rights in the absence of legally enforceable duties, which is why law can be permissive only by being simultaneously obligatory. That is to say, personal liberty cannot be secured merely by limiting government interference with freedom of action and association. No right is simply a right to be left alone by public officials. All rights are claims to an affirmative governmental response. All rights, descriptively speaking, amount to entitlements defined and safeguarded by law. A cease-and-desist order handed down by a judge whose injunctions are regularly obeyed is a good example of government ‘intrusion’ for the sake of individual liberty. (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 26).

Ou seja, para que o Estado garanta efetividade a direitos tidos por negativos, não basta que se abstenha. Na maioria das hipóteses, terá de intervir de modo eficaz para albergar direitos inerentes ao indivíduo e que, ordinariamente, são tidos como direitos ligados à

mera abstenção estatal. E para que intervenha, custos são gerados. Sejam custos efetivos ou custos de oportunidade<sup>7</sup>.

Como dito em linhas anteriores, o próprio custo do Judiciário, órgão que, ao fim, teria a função de resguardar tais direitos, não pode ser ignorado. Pagamento de servidores, manutenção de sua estrutura física, tudo é, logicamente, oriundo de impostos. Fábio Portela Almeida é claro ao exemplificar a questão:

Esse raciocínio é aplicável a toda a miríade de direitos protegidos pelo ordenamento jurídico. A proteção da propriedade privada depende da existência não apenas de tribunais e policiais, mas também de bombeiros e prisões para punir os violadores desse direito. O direito à liberdade de expressão depende não apenas da proteção policial para impedir os que procurem criar obstáculos a seu exercício, mas também da manutenção de uma estrutura institucional que garanta de fato o exercício desse direito, possibilitando a criação e a livre atuação de editoras, jornais, revistas, canais de televisão, blogs, entre outros canais da livre expressão. O direito à educação depende da existência, de fato e em boa qualidade, de escolas e professores. O exercício do direito ao sufrágio depende da manutenção de tribunais eleitorais, bem como da aquisição de computadores para registro dos eleitores e candidatos. (ALMEIDA, 2016).

Na medida em que o Estado, por exemplo, tem o dever de combater a violência urbana e de garantir o ir e vir de seus cidadãos, direito de cunho tradicionalmente visto como negativo, vultuosos custos são dispendidos. Na mesma lógica, ao passo em que é assegurada a um proprietário de imóvel a utilização de ações reais para resguardar um direito que está a ser vilipendiado, verbas também

---

<sup>7</sup> Sobre o conceito de custo de oportunidade: "Toda escolha pressupõe um custo, um trade off, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida. A esse custo chamamos de custo de oportunidade. Assim, por exemplo, se decidimos comprar caças para fortalecer nossa Aeronáutica, abdicamos de outra alocação que esses recursos poderiam ter (e.g. construir escolas). Se você opta por ler este artigo, deixa de realizar outras atividades como estar com seus filhos, passear com sua namorada ou assistir televisão. A utilidade que cada um gozaria com uma dessas atividades é o seu custo de oportunidade, i.e., o preço implícito ou explícito que se paga pelo bem. Note que dizer que algo tem um custo não implicar afirmar que tem valor pecuniário. Agora você sabe que há muita sabedoria no dito popular "tudo na vida tem um preço", basta olhar para o lado." (GICO JR., 2010)

são alocadas para permitir que o braço estatal promova a proteção da propriedade. Direitos são vistos, portanto, como reivindicações por uma resposta afirmativa do estado. Tal indivíduo apenas terá um direito se o Estado puder intervir para tutelá-lo. Nesse sentido, todos os direitos seriam positivos.

### **3.2 A inexistência de direitos absolutos**

A presente questão, sob certo viés, parece relativamente pacífica no âmbito dos estudos constitucionais brasileiros. O estudante de Direito que atenta para o presente tópico pode inclusive vê-lo como redundante. Afinal, prospera hoje a ideia de que todo direito, manifestado sob a forma de regras ou princípios, pode perecer em determinado caso concreto para que outro, de maior importância naquela situação, sobressaia-se. Adota-se, no Brasil, primordialmente os pensamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy acerca do assunto.

Dworkin traz uma distinção lógica entre regras e princípios. Enquanto que regras seriam aplicáveis na orientação tudo-ou-nada, princípios não apresentariam consequências automáticas, possuindo uma dimensão de peso que as regras não teriam. Princípios, portanto, não atuariam de modo conclusivo, mas sim de modo a inclinar determinadas decisões. Enquanto que um conflito de direitos enunciados por regras resolvem-se por exclusão, um conflito de direitos regidos por princípios é resolvido por precedência ou prioridade. Nesse sentido:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes. [...] Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não

podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. (DWORKIN, 2014, pp. 42-43).

Tangenciando a visão de Dworkin, defende Robert Alexy (2011, pp. 90-91) que haveria conflitos entre regras, resolvíveis no âmbito da validade, e colisões entre princípios, solucionáveis no âmbito valorativo. Enquanto regras consistiriam em mandamentos definitivos, princípios seriam considerados mandamentos de otimização. Nesse sentido, dentro de uma colisão entre direitos que se manifestam por princípios, deve-se resolver a questão por meio de uma ponderação otimizante.

Assim, diz o jurista alemão que os princípios são caracterizados por poderem ser satisfeitos em diferentes graus, ao passo que possuem alto grau de generalidade e valoração. Por outro lado, as regras são normas que, pela baixa carga axiológica, não abrem espaço para muitas discussões, devendo ser satisfeitas ou não, sem que haja um meio termo.

Desse brevíssimo apanhado da posição atualmente dominante na doutrina brasileira no que pertine ao fenômeno relativo ao conflito de direitos, manifestáveis via regras ou princípios, pode-se facilmente perceber que inexistem direitos absolutos.

A abordagem do assunto feita por Sunstein e Holmes, todavia, segue por caminho diverso. Pode-se dizer que, nesse particular, são caminhos que partem de pontos diferentes e chegam a uma mesma conclusão. Ocorre que, tão importante quanto a conclusão, é o caminho que se faz para nela chegar. Por isso a relevância do estudo do pensamento da posição dos autores americanos ora estudados.

Os autores partem da premissa de que a escassez de recursos, ideia que se traduz na essência do pensamento econômico, afeta sobremaneira a concretização de direitos.

Argumenta-se que, para remediar as violações a direitos já ocorridas e para dissuadir as futuras violações, os tribunais devem contar com a cooperação voluntária das agências governamentais, que, por sua vez, necessariamente operam dentro de rigorosas restrições fiscais.

No contexto dos serviços sociais, o problema seria claro. Para lidarem com problemas potencialmente ilimitados, tais serviços receberiam recursos que, dada a incomensurabilidade da necessidade havida, seriam proporcionalmente ínfimos. Essas pesadas restrições orçamentárias acabariam por implicar em potenciais violações de direitos. Nas palavras dos autores, “this is deplorable, but in a imperfect world of limited resources, it is also inevitable. Taking rights seriously means taking scarcity seriously”(SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 58).

Diante de tal quadro, é possível observar que o Poder Público fica, em diversas situações, tendo de eleger a área e a situação em que alocará recursos, o que é uma tarefa difícil frente a uma necessidade ilimitada daqueles regidos pelo Estado prestacional. Não obstante haja um dever constitucional, em teoria, de garantir a todos um tratamento isonômico e efetivar direitos sociais, existirá sempre a questão fática da escassez de recursos a ser enfrentada, juntamente com a subjetividade que permeia as escolhas trágicas do ordenador de despesas.

E essa é a questão chave. As cortes não estariam suficientemente bem posicionadas para supervisionarem o complicado processo de alocação eficiente de recursos. Como poderia um juiz, confrontado com um problema que envolve tal situação, mensurar a urgência do caso que lhe é posto em face de outros problemas sociais, que competem por atenção estatal, e sobre os quais o magistrado, via de regra, sabe muito pouco?

Tal indagação é extremamente identificável com a realidade brasileira. O Judiciário é comumente demandado a decidir, não apenas em ações individuais que pleiteiam direitos em face do Estado, mas

em ações civis públicas das mais variadas naturezas. Seja para exigir que a atuação efetiva de uma prefeitura no combate à poluição do ar<sup>8</sup>, seja para determinar a regularização no abastecimento de água em um município<sup>9</sup>, seja para requerer melhores estruturas para hospitais públicos<sup>10</sup> ou mesmo, para que sejam nomeados candidatos aprovados em concurso público para determinado órgão<sup>11</sup>.

Em todos os casos, o pleito que é demandado pela parte promotiva exige uma alocação de recursos escassos a ser perfectibilizada por ato de agente que, no fim das contas, não teria como medir o impacto de sua decisão e se a alocação de recursos para consecução do direito a ser albergado não acarretará na violação de outro direito. Sunstein e Holmes, confrontados com tal realidade, argumentam:

Rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility. [...] Rights are relative, not absolute claims. Attention to cost is simply another pathway, parallel to more heavily traveled routes, to a better understanding of the qualified nature of all rights, including constitutional rights. (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, 60).

Como explica Flávio Galdino (GALDINO, 2005, p. 234), o ponto

---

8 COUZEMENCO, Fernanda. Ação civil pública requer atuação efetiva da prefeitura no controle da poluição do ar em Vitória. *Século Diário*. Vitória, 21 maio 2017. Disponível em: <<http://seculodiario.com.br/34179/10/acao-civil-publica-requer-atuacao-efetiva-da-municipalidade-no-controle-da-poluicao-do-ar-em-vitoria>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

9 REDAÇÃO. Ministério Público ajuíza Ação Civil Pública por falta de água no município de Goianorte. *Conexão Tocantins*. Tocantins, 19 maio 2017. Disponível em: <<http://conexaoto.com.br/2017/05/19/ministerio-publico-ajuiza-acao-civil-publica-por-falta-de-agua-no-municipio-de-goianorte>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

10 Cf.: O DIA. Ministério Público pede melhor estrutura para o Hospital Curupaiti. *O Dia*. Rio de Janeiro, 08 jun. 2017. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-06-08/ministerio-publico-pede-melhor-estrutura-para-o-hospital-curupaiti.html>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

11 ESTADÃO CONTEÚDO. MP-SP pede que Justiça obrigue estado a contratar policiais civis. *Exame*. São Paulo, 02 jun. 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/mp-sp-pede-que-justica-obrigue-estado-a-contratar-policiais-civis/>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

nodal da questão reside na afirmação de que os custos não devem ser encarados meramente como óbices à efetivação de direitos fundamentais, mas sim como pressupostos à sua própria definição. A problemática está justamente quando a Administração Pública sustenta, calcada na exaustão orçamentária, que tal direito não poderá ser concretizado. Tal visão acaba por adotar uma perspectiva de que os custos seriam inteiramente externos ao direito pleiteado, o que parece de todo equivocado pelo que se viu no presente tópico.

A ideia dos custos, muito mais do que com um caráter de impedimento à efetivação de determinado direito, deve ser vista como um pressuposto para sua própria conceituação. Ou seja, deve ser internalizada à própria essência do direito.

Devem as cortes, portanto, levar os custos dos direitos a sério no âmbito da argumentação jurídica que forjará a decisão judicial. Não se está a defender que o juízo, confrontado com determinada questão que acarretará em alocação de recursos escassos, mantenha-se silente. Tal não seria possível na ordem constitucional brasileira, mormente por conta do Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Há de se repetir que igualmente não se está a defender que decisões sejam tomadas levando em conta apenas o aspecto econômico.

Quando confrontado com questões como as outrora exemplificadas, deve o magistrado agir de modo extremamente diligente, dando foco na função dialética do processo, ouvindo o que as partes têm a dizer sobre o aspecto orçamentário da questão posta. Além disso, instrumentos como a inspeção judicial, o *amicus curiae* e corpos técnicos criados dentro dos próprios órgãos públicos com o fim de dar subsídios o magistrado acerca de questões que extrapolam o jurídico<sup>12</sup>, por exemplo, são de extrema utilidade prática em tais hipóteses.

---

12 Cf.: ASSESSORIA DE IMPRENSA. Núcleo coordenado pelo TJCE para agilizar demandas da saúde passa a funcionar nesta sexta-feira. TJCE. Fortaleza, 15 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/noticias/nucleo-coordenado-pelo-tjce-para-agilizar-demandas-da-saude-passa-a-funcionar-nesta-sexta-feira/>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

O que se pretendeu mostrar, nesta exposição, é que o magistrado deve levar em conta o custo dos direitos em suas decisões, assim como as consequências pragmáticas delas advindas. Conforme mencionado nas primeiras linhas do presente trabalho, deve o agente público prestar contas de sua atuação e fundamentar de modo escoreito as decisões que toma.

A consideração esposada no presente tópico é uma das variáveis que deve ser indubitavelmente considerada. Como sustentam Sunstein e Holmes na conclusão da questão ora em tablado, “courts that decide on the enforceability of rights claims in specific cases will also reason more intelligently and transparently if they candidly acknowledge the way costs affect the scope, intensity, and consistency of rights enforcement” (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, 61). O intuito de se chamar atenção para o aspecto econômico da questão posta, portanto, é de fortalecer a argumentação jurídica do magistrado, e de garantir o atendimento ao dever de *accountability* outrora mencionado, e, ao mesmo tempo, possibilitar um melhor cumprimento ao papel social que deve desempenhar a magistratura.

#### **4 CONCLUSÃO**

O dever de fundamentar adequadamente as decisões judiciais deve ser visto como uma verdadeira prestação de contas do magistrado para com as partes e para com a sociedade. O processo judicial é construído de modo dialético pelas partes que estão nele envolvidas, constituindo *múnus* inafastável do ente judicante o de trazer argumentos suficientemente aptos a justificar suas decisões, a convencer aqueles que se submetem à jurisdição que a decisão tomada foi a melhor possível.

Além disso, como visto, deve o juiz desempenhar um papel social, de modo a garantir, em seu atuar, a observância aos objetivos da República insculpidos no art. 3º da Constituição Federal.

Para tanto, diversas variáveis podem ser consideradas, sendo a inerente aos custos dos direitos de fundamental importância, mormente nos casos em que são pleiteadas prestações em face do Estado.

Para que se “leve direitos a sério” sob o viés de seus custos, duas questões podem ser consideradas: a de que todos os direitos são positivos e a de que direitos não são absolutos.

Todos os direitos são positivos, na medida em que, de alguma forma, deverá o Estado dispender recursos públicos para sua consecução. Sejam custos efetivos, sejam custos de oportunidade, um direito, ainda que classificado de modo clássico como negativo, como as liberdades públicas, demandará custos. Diz-se isso, porque o Estado deverá possuir a estrutura para resguardar tais direitos de violações públicas. Direitos são, destarte, reivindicações por uma resposta afirmativa do estado e tal indivíduo apenas terá um direito se o Estado puder intervir para tutelá-lo.

Inexistem direitos absolutos na medida em que os problemas oriundos de violações de direitos são potencialmente ilimitados, sendo os recursos oriundos dos pagamentos de impostos dos cidadãos escassos. Ordenadores de despesas corriqueiramente são colocados em situações em que devem optar entre verdadeiras escolhas trágicas. O juiz, via de regra, não está suficientemente bem posicionado para decidir acerca de tais questões, mas, de acordo com o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, deve se manifestar. Considerar o processo como uma expressão de construção dialética e instrumentos como a inspeção judicial e o *amicus curiae* são fundamentais neste ponto.

Direitos devem ser levados a sério, e levar direitos a sério requer que o magistrado fundamente adequadamente suas decisões, e procure dar cumprimento aos objetivos da República Brasileira, utilizando-se, para tanto, de diversas variáveis. Entre as tantas possíveis, a econômica, e, especificamente, a dos custos dos direitos, é, sem dúvida, de grande valia.

## **JUDICIAL DECISION AND COSTS OF RIGHTS: THE USE OF THE ECONOMIC VARIABLE IN CONSTRUCTION OF THE JUDICIAL REASONING**

### **ABSTRACT**

*The Judiciary is required to have a constant accountability in its activity, which is perfectibilized through the presentation of adequate reasons for its decisions. The judge plays an important social role, and must observe compliance with the objectives of the Republic provided in art. 3º of the Constitution. In order to provide an adequate rationale, several variables must be considered, especially those related to the costs of rights. In this sense, the study of the theory of Cass Sunstein and Stephen Holmes is fundamental, which will be done through a methodology directed eminently to the bibliographic revision of the work the Cost of Rights, contrasting it with the Brazilian reality. All rights are positive and require an affirmative response from the State, and there are no absolute rights. The issue of the costs of rights deserves special attention, and although this is not the primary issue, it can not be ignored.*

**Keywords:** *Judiciary. Reasoning for judicial decisions. Cost of rights.*

### **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Fábio Portela. Resenha: SUNSTEIN, Cass & Holmes, Stephen. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 681-688, ago. 2016. ISSN 2179-7943. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/10352>>. Acesso em: 16 Jun. 2017.

ASSESSORIA DE IMPRENSA. Núcleo coordenado pelo TJCE para agilizar de-

mandas da saúde passa a funcionar nesta sexta-feira. **TJCE**. Fortaleza, 15 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/noticias/nucleo-coordenado-pelo-tjce-para-agilizar-demandas-da-saude-passa-a-funcionar-nesta-sexta-feira/>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONITEC. **Perguntas Frequentes**. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 16 Jun. 2017.

COUZEMENCO, Fernanda. Ação civil pública requer atuação efetiva da prefeitura no controle da poluição do ar em Vitória. **Século Diário**. Vitória, 21 maio 2017. Disponível em: <<http://seculodiario.com.br/34179/10/acao-civil-publica-requer-atuacao-efetiva-da-municipalidade-no-controle-da-poluicao-do-ar-em-vitoria>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

DRIESEN, David M; GHOSH, Shubha. **The Functions of Transaction Costs: Rethinking Transaction Cost Minimization in a World of Friction**. College of Law Faculty Scholarship, Paper 34.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2014

ESTADÃO CONTEÚDO. MP-SP pede que Justiça obrigue estado a contratar policiais civis. **Exame**. São Paulo, 02 jun. 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/mp-sp-pede-que-justica-obrigue-estado-a-contratar-policiais-civis/>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GICO JR., Ivo. T.. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. In **Economic Analysis of Law Review** v. 1., nº 1, pp. 7-32, jan-jun, 2010, Disponível em: <[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?file\\_name=0&article=1043&context=ivo\\_teixeira\\_gico\\_junior&type=additional](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?file_name=0&article=1043&context=ivo_teixeira_gico_junior&type=additional)> Acesso em 17 de jun. 2017

IDP. **Índice de Desempenho da Justiça IDJus 2013 e Estudo comparado sobre a evolução do Judiciário 2010 - 2013**. Disponível em: <[http://cpjus.idp.edu.br/wp-content/uploads/2015/03/IDJUSn4\\_relatorio\\_pesquisa\\_23.02.15.pdf](http://cpjus.idp.edu.br/wp-content/uploads/2015/03/IDJUSn4_relatorio_pesquisa_23.02.15.pdf)>. Acesso em: 16 Jun. 2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Nalini, J.. Novas perspectivas no acesso à justiça. **Revista CEJ**, América do Norte, 112 12 1997. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/114/157>> Acesso em 17 de jun. 2017.

O DIA. Ministério Público pede melhor estrutura para o Hospital Curupaiti. **O Dia**. Rio de Janeiro, 08 jun. 2017. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-06-08/ministerio-publico-pede-melhor-estrutura-para-o-hospital-curupaiti.html>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

REDAÇÃO. Ministério Público ajuíza Ação Civil Pública por falta de água no município de Goianorte. **Conexão Tocantins**. Tocantins, 19 maio 2017. Disponível em: <<http://conexaoto.com.br/2017/05/19/ministerio-publico-ajuiza-acao-civil-publica-por-falta-de-agua-no-municipio-de-goianorte>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

RESCHER, Nicholas. **Epistemology**. An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003.

SCAFF, Fernando Facury. reserva do possível pressupõe escolhas trágicas. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W. W. Norton, 1999.

# O “Estado de Coisas Inconstitucional” e a Judicialização da Política Pública no Âmbito do Sistema Carcerário Brasileiro: Mitigação do Princípio da Separação de Poderes?<sup>1</sup>

Raimundo Evandro Colaço Filho<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir, de forma breve, a interferência do Poder Judiciário na consecução da política pública no sistema carcerário brasileiro, haja vista decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais reconheceram o Estado de Coisas Inconstitucional. Nestes termos, buscou-se analisar a possível quebra do princípio da separação dos poderes, em razão da atuação preponderante do Judiciário.

**Palavras-chave:** *Estado de Coisas Inconstitucional. Princípio da separação dos poderes. Judicialização das Políticas Públicas. Sistema carcerário brasileiro. Ativismo Judicial. Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.*

## 1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, verifica-se a intensa atuação do Poder Judiciário na resolução de conflitos em diferentes áreas, sejam elas econômi-

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza.- UNIFOR. Pós – Graduado em Direito Penal e Processual Penal. Servidor Público Estadual. E-mail: evandrocolaco@hotmail.com

<sup>2</sup> Data de recebimento: 18/12/2017. Data de aceite: 19/01/2018.

cas, criminais, políticas, científicas, morais, dentre outras, inclusive, assumindo um papel de protagonista, em especial, na implementação de políticas públicas em nosso país, em face das renitentes omissões por parte do Poder Público em geral.

Na verdade, resta evidente, no contexto atual de nossa sociedade, a ocorrência do chamado fenômeno da Judicialização, pois questões cujas resoluções caberiam a outras esferas de Poder passam a ser decididas pelo Poder Judiciário. Sobre este fenômeno preceitua Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO,2009,p.03).

Destaca-se que a realização de políticas públicas visa à efetivação, e a garantia dos direitos mínimos fundamentais albergados pela Constituição Federal de 1988, e, a ausência na realização das referidas ações, por parte do Estado, gera prejuízos incalculáveis à população como um todo. Por consequência, há um intenso crescimento na busca pelo Judiciário em nossa sociedade, visando a garantir as prestações positivadas em nossa Constituição (SANTOS, 2007).

O conceito de política pública, apesar de não ser um consenso no meio acadêmico, em razão de ser considerada uma vertente recente da ciência política, entende-se por ser um instrumento ou conjunto de ações dos Governos (SOUZA, 2006), uma ação elaborada no sentido de enfrentar um problema público (SECCH, 2012).

A República Federativa do Brasil possui dentre um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, ou seja, ninguém será submetido a um tratamento desumano, ademais, a Constituição Federal de 1988 impõe ser de responsabilidade da União o direito penitenciário, concorrentemente com os Estados e o Distrito Federal. Assim, o indivíduo submetido ao cárcere deverá ter assegurado o respeito a sua integridade física, psíquica e moral, sendo o Estado responsável pela manutenção de locais aptos a garantir o mínimo respeito aos direitos do preso e a promoção de políticas públicas capazes de atender esta finalidade.

O Supremo Tribunal Federal, em razão das graves e indistintas lesões aos direitos constitucionais dos presos, reconheceu o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional” no âmbito do sistema prisional, tema este que será melhor abordado no decorrer do presente trabalho, inclusive, a Corte Constitucional determinou ainda a adoção, por parte do Poder Executivo, de medidas administrativas e a alocação de recursos orçamentários visando a minimizar as precárias condições do sistema carcerário brasileiro.

Inevitavelmente, ao analisar a presente temática, não se pode deixar de se ater a questão sensível quanto à possível quebra na harmonia e separação dos poderes.

Nesse contexto, buscou-se no presente trabalho, de forma breve, discutir a judicialização na consecução de políticas públicas na ambiência do sistema prisional brasileiro. Para isso, verificou-se a posição clássica da separação dos Poderes, tendo como referência os filósofos políticos modernos, Locke e Montesquieu, bem como a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal, por meio das quais a Corte atuou de forma mais ativa no implemento de políticas públicas no âmbito do sistema prisional, e, por fim, a inescusável função do Poder Judiciário para a apreciação de qualquer violação ou ameaça de direito.

## 2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da separação de poderes encontra-se consagrado no art. 2º, da Constituição Federal de 1988, conforme se lê: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A aludida separação repousa-se no fato de não existir nenhuma relação de subordinação, ou mesmo dependência, no exercício de suas funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ademais, concomitantemente e em decorrência da própria harmonia entre os supramencionados poderes, há um mecanismo de controle recíproco entre os mesmos (checks and balances).

O Sistema de Freios e Contrapesos (ou Checks and balances System) significa a limitação do poder pelo próprio poder; em outras palavras, cada poder é autônomo para o exercício de sua função própria, em contrapartida, esta função deveria ser controlada pelos outros poderes (MONTESQUIEU, 1998).

Nessa linha, Cunha Júnior (2010, p. 514) preleciona que “[...] os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”.

Somente, assim, torna-se possível o controle do poder pelo poder e a plena realização da separação de Poderes, que se traduz na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível), e, na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de Poderes.

Inegavelmente, o legislador constitucional originário materializou a importância do princípio da separação dos poderes, quando inseriu o princípio no rol das chamadas cláusulas pétreas, impossibilitando

possível proposta de emenda tendente a abolir este princípio, conforme art.60, §4º, III da Constituição Federal de 1988.

Não se pode olvidar que a separação dos poderes no Brasil não ganha contornos de rigidez extrema, pois na própria Constituição Federal, além de estabelecer funções atípicas pelos poderes do Estado, vigora a harmonia entre os poderes por meio de um controle recíproco (checks and balances), ou seja, um órgão de um poder pode ser fiscalizado e controlado por um órgão de outro Poder, conforme restou exposto anteriormente. Nesse sentido alerta Dalmo de Abreu Dallari que:

Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos". (DALLARI, 2001, p.222) (Destaque).

Seguindo ainda este entendimento Celso Ribeiro Bastos preleciona:

Depois de introduzida com grande rigor pelas Revoluções americana e francesa, a separação rígida de poderes afigurou-se inviável na prática. Isto basicamente devido à necessidade de impedir que os poderes criados se tornassem tão independentes a ponto de se desgarrarem de uma vontade política central que deve informar toda a organização estatal. Daí a introdução de uma certa coordenação entre eles, visando a harmonizá-los e contê-los dentro de uma cadeia de fins aos quais devem servir, por serem fins do próprio Estado de quem são simples instrumentos. Além desta coordenação, evidenciou-se igualmente a conveniência de permitir a um determinado poder o exercício de funções que em princípio deveriam caber a outro. Isto explica uma divisão flexível das funções entre os seus correspondentes órgãos. (BASTOS, 2002, p.562) (Destaque).

No que concerne à temática do presente trabalho, ressalta-se que anteriormente o Poder Executivo era o que detinha a prerrogativa quanto à autonomia da formulação, implementação, gestão de políticas públicas, definindo, além de quais políticas seriam atendidas com os recursos financeiros disponíveis.

Todavia, com o avançar dos anos, esta postura mudou, o controle do judiciário em relação às políticas públicas foi sendo alargado, e uma possível mitigação ao princípio da separação de poderes ganhou contornos os quais serão evidenciados a seguir na ambiência carcerária brasileira.

### **3 O AVANÇO NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Conforme anteriormente restou exposto, não existe nenhuma relação de subordinação, ou mesmo dependência, no exercício das funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como há mecanismo de controle recíproco entre eles, e é justamente no que concerne a esse controle mútuo, em especial, exercido pelo Poder Judiciário, que repousa a temática do presente trabalho.

Com o advento da Constituição de 1988, a atuação precípua do Supremo Tribunal de Justiça restringia-se ao seu papel de guardião constitucional, sendo esta função exercida de forma rígida e conservadora, limitando-se a apreciar a constitucionalidade da norma.

Nesse período, e anteriormente ao próprio início da vigência da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendia, de forma pacífica, que sua atuação se restringia a agir como “legislador negativo”, suspendendo (nas situações de julgamento de liminares), ou eliminando (nas hipóteses de julgamento de mérito), os dispositivos reputados como inconstitucionais. Nesse sentido, o Ministro Moreira Alves, no julgamento da Representação 1451/DF, manifestou-se:

Ora, a jurisprudência desta Corte é firme no entendimento de que, por via de declaração de inconstitucionalidade de lei, não pode ela alterar o sentido inequívoco desta, o que implicaria, em última análise, criar lei nova, por diversa, em seu sentido, da existente. Corte Constitucional só pode atuar como legislador.

Não era considerada legítima a atuação do STF como “legislador positivo”, ou seja, este não poderia dispor de iniciativas legislativas para as situações declaradas inconstitucionais, quer por ação, quer por omissão.

Logo, a Corte Suprema considerava de forma quase inflexível o princípio da separação e harmonia entre os poderes, elencados na Constituição de 1988 em seu art. 2º, bem como reconhecendo como cláusula pétrea, conforme dispõe o art. 60, §4º, inciso III, da CF.

No entanto, com o passar do tempo, o Supremo Tribunal Federal, em várias situações, vem assumindo a postura de um “legislador positivo”, em especial devido à nova dinâmica social, e a busca em concretizar normas e princípios constitucionais, o que inevitavelmente gera uma atividade criativa da Corte Suprema.

Em especial, conforme restou dito anteriormente, o atual contexto social em que o fenômeno da Judicialização se mostra tão evidente, em face das várias demandas, que seriam de competência de outros órgãos, passam a ser objeto de decisão do Judiciário, acaba por levar uma mudança na postura da Corte Suprema. Nesse sentido, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, on line, ao analisar as causas desse fenômeno aduz que:

Há causa de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, tanto na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parla-

mentos em geral. Há uma terceira: atos políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestão ou demarcação de terras indígenas. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate política e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.

Desse modo, não estando isento de ser questionado perante o Poder Judiciário, o Sistema carcerário brasileiro também foi objeto de análise por parte do Supremo Tribunal Federal.

### **3.1 As decisões da Corte Suprema Brasileira na implementação de Políticas Públicas no âmbito do sistema prisional**

O Supremo Tribunal Federal, nas sessões plenárias ocorridas no segundo semestre do ano de 2015, legitimou a atuação do Poder Judiciário de forma mais ativa frente à consecução de políticas públicas, e a afetação de recursos orçamentários no âmbito do sistema prisional brasileiro.

No dia 13 de agosto de 2015, a Corte Constitucional Brasileira por meio do julgamento do RE nº 592.581, com repercussão geral, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, contra acórdão do Tribunal de Justiça Gaúcho, decidiu pela obrigatoriedade da administração pública na construção de obras ou reformas emergenciais em casas de privação de liberdade, visando à garantia dos direitos fundamentais dos custodiados, bem como suas integridades físicas e morais, consonante aresto abaixo descrito:

Ementa: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.

V - Recurso conhecido e provido.

RE 592581, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, Acórdão Eletrônico DJe-018 Divulg 29/01/2016 Public 01/02/2016(Destaque)

A repercussão geral nº 220 do julgado supramencionado determinou a competência do Poder Judiciário, para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos.

Empós, na data de 09 de setembro de 2015, corroborando a postura adotada no julgado anteriormente citado, o Plenário do STF deferiu, parcialmente, o pedido de medidas cautelares requerido na Ação Declaratória de Preceito Fundamental – ADPF nº 347/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, e reconheceu

a ocorrência do chamado “Estado de Coisas Inconstitucional” em relação ao sistema prisional brasileiro, devido às violações indistintas e sistemáticas dos direitos fundamentais dos encarcerados.

Por ocasião do deferimento da liminar na ADPF nº 347/DF, o STF determinou:

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstando-se de realizar novos contingenciamentos. (Destaque)

Ressalta-se que um dos pontos acolhidos pela liminar deferida pela Suprema Corte de Justiça repousa na proibição do Poder Executivo de limitar os valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, inclusive, o impedimento de novos contingenciamentos, permitindo, assim, o uso dos recursos oriundos do aludido fundo para a finalidade para a qual foi criado, que é proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro.

O Ministro Marco Aurélio relator da ADPF nº 347/DF defendeu que a responsabilidade pelas graves situações formadoras do pa-

tente quadro de inconstitucionalidades vivenciados pela população carcerária, não restaria a cargo apenas de um único Poder, na verdade, os 03(três) Poderes – Executivo Legislativo e Judiciária seriam os responsáveis pela precariedade do sistema prisional, bem como a União também não deteria com exclusividade a responsabilidade, sendo dívida a todos os Estados-membros.

Desse modo, restou evidente que a atuação do Judiciário não demonstrou ingerência deste Poder sobre os demais, na verdade a grave lesão aos direitos fundamentais dos presos, ensejando violação da dignidade da pessoa humana e da garantia ao mínimo existencial, somado com a inércia dos demais órgãos componentes dos executivos e legislativos, motivarão a atuação da Suprema Corte de Justiça no sentido de oferecer mecanismos e parâmetros para a sanar a problemática carcerária no país.

Ademais, não se pode olvidar que a atuação do Poder Judiciário não visa a substituir as funções dos demais Poderes, pelo contrário, o exercício decorre da busca pela própria harmonização dos poderes, vigente no ordenamento jurídico brasileiro, bem como face ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, pois ocorrendo a lesão ou ameaça de direito, e a referida demanda seja objeto de ação judicial, caberá justamente ao Poder Judiciário a solução da questão.

No subtópico a seguir, analisaremos a origem da técnica decisória do “Estado de Coisas Inconstitucional”, bem como os litígios pelos quais a Corte Judicial declarou esse fenômeno e os requisitos para o reconhecimento do ECI.

### **3.1.1 Origem do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI)**

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) trata-se de uma técnica decisória oriunda da Corte Constitucional Colombiana, que objetiva enfrentar sérias e sistemáticas lesões constitucionais, em face de omissões de políticas públicas, as quais afetam um número indistinto

de pessoas, sendo necessária, para suas superações, a realização de diversas providências a serem efetivadas por várias autoridades e poderes do Estado.

A técnica em questão não se encontra prevista na Constituição da Colômbia, ou em outro dispositivo normativo daquele país, embora o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional autorize a Corte Constitucional a determinar aos poderes do Estado a realização de providências capazes de superar as lesões graves e maciças de direitos fundamentais, supervisionar, empós, concretizar as suas implementações.

A primeira decisão prolatada pela Corte Constitucional da Colômbia em que declarou o Estado de Coisas Inconstitucionais ocorreu em 1997, em face de um litígio proposto por 45 (quarenta e cinco) professores dos municípios de María La Baja e Zambrano, os quais, de modo sistemático, tiveram seus direitos previdenciários lesionados por parte de autoridades públicas locais<sup>3</sup>.

Ressalta-se que no supramencionado caso constataram que a falta de cumprimento dos direitos era difundida entre um número indeterminado de profissionais da educação, não se limitando apenas aos professores demandantes iniciais, bem como a responsabilidade por estas falhas não eram somente atribuídas a um único órgão ou instituição, mas era uma questão estrutural.

Ademais, consonante os magistrados, tratava-se de uma insuficiência de políticas gerais de educação originária da desigualdade de distribuição dos subsídios educacionais, prestadas pelo governo central, em benefício das entidades territoriais. (CAMPOS, 2016).

Frisa-se que em virtude do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional ampliam por sobremaneira a gama de poderes da Corte Constitucional, a referida técnica decisória deverá ser apenas utilizada em situações excepcionais, não sendo necessária apenas a violação difundida de direitos fundamentais, pois a intervenção

---

<sup>3</sup> Sentencia de Unificación – SU 559, DE 06/11/1997

da Corte deve se mostrar essencial para a resolução do quadro calamitoso.

Ressalta-se, inclusive, que a Corte Constitucional, declarando este Estado de Coisas Inconstitucional, passa a cumprir um papel atípico na perspectiva da separação de poderes, haja vista a ampliação das interferências em políticas públicas, necessitando, assim, a ocorrência de parâmetros específicos.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional por parte da Corte Constitucional Colombiana exige a presença de determinados requisitos, quais sejam: a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão de autoridades no cumprimento de suas obrigações para a garantia e promoção dos direitos; c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção de políticas públicas existentes, ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário. (CAMPOS, 2016).

A mencionada técnica restou aplicada pela Corte Constitucional Colombiana em cerca de 09 (nove) casos, inclusive, dentre eles, a Corte reconheceu em relação ao sistema penitenciário daquele país o “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Na referida ação, inicialmente, buscou-se resolver as situações específicas das prisões de Bellavista e Modelo, localizadas em Medellín, e Santa Fé de Bogotá, respectivamente. Todavia, a decisão abordou todo o sistema carcerário do país<sup>4</sup>.

---

4 T - 153 de 1998

## **4 O ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

O Estado de Coisas Inconstitucional foi considerado pela doutrina brasileira como um modo de ativismo judicial, sendo criticada a adoção da referida técnica decisória. Seguindo esse posicionamento, Lenio Streck on line defendeu que:

Mas, atenção. É por isso mesmo que, com a vênua da decisão do STF (ADPF 347) e dos que defendem a tese do ECI, permito-me dizer: o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica – vista de forma cindida – sob a qual elas incidem. Portanto, minha discordância é como a noção de ECI construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza em um país periférico. Uma espécie de realismo moral. E também discordo em face de outros argumentos. O ECI pressupõe uma leitura dualista da tensão entre fatos e normas, desconsiderando que o problema da eficácia do direito, sobretudo após o giro linguístico (que o direito parece querer ignorar), não pode ser mais tratado como um problema de dicotomia entre norma e realidade, um, como referi acima, verdadeiro ranço jusnaturalista, sob pena de se agravar ainda mais o problema que por meio da crítica se pretende denunciar.

O ativismo judicial é entendido como um excesso de atuação do Poder Judiciário, em razão da inércia, ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo, na concretização da norma constitucional, inclusive, muitas vezes criticada por ser considerada afrontosa ao princípio da Separação dos poderes. Nesse esteio Barroso esclarece:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura

ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p.06).

Outrossim, ensina C. Neal Tate(1997, p.33) que o ativismo judicial trata-se de uma ação ou comportamento dos juízes no sentido de “participar da elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras instituições mais ou menos hábeis”.

Inobstante as críticas ao ECI, por conta de possível quebra do princípio da Separação dos poderes, vimos que no Brasil não há a rigidez extrema em relação a esse princípio, bem como em razão da própria harmonia entre os poderes por via de um controle recíproco(checks and balances), um Poder pode ser fiscalizado e controlado pelo outro, e não teria como a Separação dos Poderes impedir a tutela jurisdicional perante as atividades estatais.

O Estado de Coisas Inconstitucional buscou favorecer a proteção dos direitos fundamentais, em face da inércia ou omissão dos demais Poderes, embora ser evidente que não se trata de algo fantástico capaz de sanar toda a problemática dos presídios com o simples reconhecimento desse instituto, pois se trata de uma questão estrutural, e não apenas de responsabilidade de um único Poder, mas do Estado como um todo. Nessa linha Dirley da Cunha Júnior on line aduz que:

Apesar das conhecidas críticas ao ativismo judicial, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pode reforçar o sistema de garantias dos Direitos Fundamentais, sobretudo de segmentos populacionais mais vulneráveis e afetados pelo estado de inércia e indiferença dos poderes públicos. Não vejo, entretanto, o ECI como um remédio milagroso a estimular ilusões. Mas pode servir pedagogicamente para (a) estimular a adoção de medidas reais e

efetivas; (b) provocar um sério e sincero debate a respeito da falta ou insuficiência de políticas públicas em determinados setores sensíveis (não apenas no sistema penitenciário, mas também nos caóticos sistemas públicos de saúde, de ensino e de segurança pública); e (c) proporcionar a construção de soluções estruturais dialogadas e concertadas entre os poderes públicos, a sociedade e as comunidades atingidas.

Comungando desse entendimento, George Marmelstein on line preleciona que:

O ECI não implica, necessariamente, uma usurpação judicial dos poderes administrativos ou legislativos. Pelo contrário. A ideia é fazer com que os responsáveis assumam as rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema. Para isso, ao declarar o estado de coisas inconstitucional e identificar uma grave e sistemática violação de direitos provocada por falhas estruturais da atuação estatal, a primeira medida adotada pelo órgão judicial é comunicar as autoridades relevantes o quadro geral da situação. Depois, convoca-se os órgãos diretamente responsáveis para que elaborem um plano de solução, fixando-se um prazo para apresentação e conclusão desse plano. Nesse processo, também são indicados órgãos de monitoramento e fiscalização que devem relatar ao Judiciário as medidas que estariam sendo adotadas.

O jurista George Marmelstein on line ainda apresenta alguns princípios-guias, que norteariam o nível de intervenção judicial:

O primeiro refere-se ao grau de inação dos órgãos estatais. Quanto maior a situação de abandono e de descaso com a solução do problema por partes dos órgãos competentes maior será a intensidade da atuação judicial. O segundo está relacionado à vulnerabilidade das pessoas envolvidas. Quanto maior for o grau de vulnerabilidade das pessoas afetadas (em razão da privação de direitos e incapacidade de articulação política) maior será a necessidade de uma atuação judicial mais rigorosa. Outro princípio importante relaciona-se à essencialidade do direito afetado: quanto maior for a essencialidade daquele( do ponto de vista do respeito e proteção da dignidade), maior deverá a busca

pela implementação. Em todo caso, a atuação judicial deverá mirar um diálogo para que a solução do problema seja construída pelos próprios órgãos responsáveis. Quanto mais sincero e efetivo for o engajamento dos demais órgãos para a solução do problema, menor deve ser a intervenção judicial.

Por fim, a importância do reconhecimento do ECI seria buscar de forma sistematizada com o engajamento de todos os órgãos responsáveis nos demais Poderes a resolução das graves lesões aos direitos fundamentais da população carcerária, não envolvendo apenas um Poder, porém todos juntos dentro cada um de sua esfera de atribuição.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo objetivou de forma precípua analisar a interferência do Poder Judiciário na consecução da política pública no âmbito do sistema prisional brasileiro, tomando por referência as decisões do Supremo Tribunal Federal, e sua possível mitigação ao princípio da separação dos poderes.

Para esclarecer a intensa atuação por parte do judiciário, inicialmente, buscou-se entender o princípio da separação dos poderes, no aspecto da coexistência sem a subordinação ou mesmo dependência no exercício das funções atinentes de cada um dos poderes.

Posteriormente, mediante uma análise breve do avanço da atuação do Supremo Tribunal Federal na consecução de políticas públicas, em especial, do chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”, técnica decisória oriunda da Corte Constitucional Colombiana, que foi aplicada ao sistema prisional brasileiro, devido às violações indistintas e sistemáticas dos direitos fundamentais dos encarcerados, geradas pelas omissões de políticas públicas, as quais deveriam ser implementadas por várias autoridades e poderes do Estado.

Restou claro que é dever do Estado zelar pelo cumprimento dos direitos fundamentais do cidadão, quer este esteja encarcerado, ou

não, e a ineficiência da atividade do Estado em promover a consecução de políticas públicas no sistema prisional não poderá obstar a atuação mais enérgica do Poder Judiciário frente ao Poder Executivo, não se tratando de uma ingerência de um Poder sobre o outro, e sim, o pleno cumprimento dos ideais de um Estado Democrático de Direito que busca preservar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Conclui-se que a interferência do Judiciário na implementação de políticas públicas é resultante do nosso próprio modelo Constitucional, em especial, face ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, e a ação mais intensa e direta do Judiciário perante outros Poderes não se pode considerar uma violação ao princípio da separação dos poderes, na verdade, a referida interferência judicial decorre da própria harmonia entre os supramencionados poderes.

## **THE “UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS” AND THE JUDICIALIZATION OF THE BRAZILIAN JUDICIAL SYSTEM: WEAKENING THE SEPARATION OF POWERS?**

### **ABSTRACT**

*This paper aims to discuss briefly the interference of the Judiciary in the pursuit of public policy in the Brazilian prison system, given decisions by the Federal Supreme Court, which recognized the State of Things Unconstitutional. In these terms, it was tried to analyze the possible breach of the principle of the separation of powers, in view of the preponderant action of the Judiciary.*

**Keywords:** *“Unconstitutional State of Affairs”. Principle of separation of powers. Judicialization of Public policieis. Brazilian prison system. Judicial activism. Principle of Inafastabilidade Jurisdiction.*

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 janeiro 2018.

\_\_\_\_\_. **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>> . Acesso em: 14 fev. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRANDÃO, Rodrigo. **O STF e o Dogma do Legislador Negativo**. Disponível em:< [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o\\_stf\\_e\\_o\\_dogma\\_do\\_legislador\\_negativo.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_stf_e_o_dogma_do_legislador_negativo.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento em 09/09/2015, Diário de Justiça de 18/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+347.NUME.%29+OU+%28ADPF.ACMS.+ADJ2+347.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **RE 592581/RS**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Julgamento em 13/08/2015, Diário de Justiça de 29/01/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+592581.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+592581.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/andcev4>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucionais**. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional#.VUd9cLMne5c.facebookv>>. Acesso em: 37 jan 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación – SU 559, DE 06/11/1997**. Disponível em:<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 15 de fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **T-153/98**. Disponível em:<<http://www.corteconstitucional.gov.co/>

relatoria/1998/t-153-98.htm> . Acesso em: 15 fev. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 514.

\_\_\_\_\_. **O Estado de Coisas Inconstitucional como garantia de direitos fundamentais**. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/47193/o-estado-de-coisas-inconstitucional-como-garantia-de-direitos-fundamentais>> . Acesso em: 14 fev. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriça. **Organização dos Poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988**. Disponível em:< <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1685/1604>> . Acesso em 26 jan. 2018.

LIMA, George Marmelstein. **Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?** Disponível em:< <https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MEDEIROS, Alexsandro M. **Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/ci%C3%Aancia-politica/politicas-publicas>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análises, casos práticos**. São Paulo: CENGAGE Learning, 2012.

SOUZA, Celine. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias. Porto Alegre, ano 8, n.16, jul/dez 2006, p.20-45.

STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Ed.). **The global expansion of Judicial Power**. Nova York: Nova York University Press, 1997.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº186) Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

# Valoración Crítica de la Regulación de la Legítima Defensa en el Código Penal<sup>1</sup>

*Esp. Dimas a. Herrera Gandol<sup>2</sup>*

## RESUMEN

En este trabajo se valora la Legítima Defensa en sus distintas modalidades, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, considerándose que esta institución jurídica no está correctamente regulada en el Código Penal (CP), proponiendo al efecto las recomendaciones pertinentes. Aborda el estudio de la Legítima Defensa como institución jurídica que justifica la responsabilidad criminal de ciertos hechos típicos, valorando las diversas formas en que se materializa, y efectuar los respectivos cuestionamientos, concluyo que esta eximente, desde el punto de vista técnico-jurídico, no se encuentra correctamente regulada en nuestro Código Penal y que, a pesar de que estos defectos formales no trascienden al ámbito de la política criminal, se hace necesario realizarle las mejoras correspondientes.

**Palabras clave:** *Legítima Defensa. Responsabilidad criminal. Política criminal.*

## 1 INTRODUCCIÓN

En este trabajo se valora la Legítima Defensa en sus distintas modalidades, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, considerándose que esta institución jurídica no está correctamente regulada

<sup>1</sup> Data de recebimento: 24/11/2017. Data de aceite: 19/01/2018.

<sup>2</sup> Fiscal asistente del Fiscal General de la República. Fiscalía General de la República. E-mail: consulcubabsb@uol.com.br

en el Código Penal (CP), proponiendo al efecto las recomendaciones pertinentes.

## **2 CONCEPTO Y FUNDAMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA**

Legítima Defensa es la reacción necesaria, proporcional y suficiente, para impedir o repeler una agresión ilegítima, inminente o actual y no provocada, contra la persona o derechos de quien se defiende, de un tercero o contra los bienes e intereses sociales, con cuya reacción se lesiona o se pone en peligro un bien jurídico, si solo de esa forma puede salvarse otro bien de más valor; entendiéndose que entre los bienes jurídicos de quien agrede y quien se defiende, merece protección jurídica los de este último.

Desde la perturbación de ánimo del defensor (Puffendorff), hasta la salvaguarda del interés preponderante (Jiménez de Asúa), se han hecho varias interpretaciones del derecho de defensa; respecto al cual expresó Montesquieu (1976: 172): “En los casos de defensa propia tengo el derecho natural de dar la muerte, porque mi vida es mía, como la vida del que me ataca es suya; lo mismo hace la guerra de un Estado, porque es justa su conservación como es legítima toda defensa”.

Entre las principales teorías expuestas como fundamento, se encuentran la formulada por la escuela clásica, conforme a la cual, ante la imposibilidad de que el Estado proteja al injustamente atacado es lícito que se defienda y, la de valoración de bienes jurídicos, que plantea que no actúa antijurídicamente el que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, si solo por ello puede salvar otro bien de más valor.

Asumiendo una posición ecléctica, la fundamentación de esta exigencia puede ubicarse en el permiso concedido por el Estado al individuo para que se defienda de una agresión injusta cuando él no puede hacerlo, exigiéndole, al mismo tiempo, que el bien jurídico salvado sea de mayor valor que el lesionado, sin lo cual no tendría

virtud esa autorización; tratándose pues de un derecho otorgado a particulares, sujeto a requisitos especiales, para ejercerlo en determinadas situaciones previamente establecidas.

### **3 ANÁLISIS DE LO PRECEPTUADO EN EL ARTÍCULO 21 DEL CÓDIGO PENAL**

La legítima defensa regulada en el artículo 21 del Código Penal, admite la defensa de la propia persona y sus derechos, del tercero y de bienes e intereses sociales, exigiéndose congruencia entre sus elementos objetivos (agresión ilegítima, necesidad de defensa, proporcionalidad entre el ataque y la defensa) y subjetivos (reconocimiento de la agresión, situación de defensa y finalidad defensiva), siendo preciso que la acción defensiva (resultado valioso), esté impregnada del ánimo de defensa (valor de acción).

Artículo 21.1. “Está exento de responsabilidad penal el que obra en legítima defensa de su persona o derechos”: La situación de legítima defensa exige de una conducta que atente contra una persona o sus derechos (la agresión) y una reacción del agredido (la defensa), procediendo la defensa de la vida, la integridad corporal, la libertad, el domicilio, la propiedad y todos los que puedan ser objeto de una agresión ilegítima, pero mientras no se acrediten los elementos fácticos de la causa de justificación, el hecho será típico y antijurídico. La Sentencia No. 232 del TS de 6 de Septiembre de 1940, expresó, “Toda causa justificación debe quedar plenamente probada, sin necesidad de realizar inferencias o deducciones de las que aquella puedan derivarse”.

Artículo 21.2. “Obra en legítima defensa el que impide o repele una agresión ilegítima, inminente o actual y no provocada”: La agresión, gramatical y jurídicamente, es un hecho material de acometimiento, que pone en peligro actual o inminente intereses jurídicos; considerándose ilegítima cuando el acto de fuerza se realiza sin derecho

y sin razón; siendo impropia la defensa ante conductas típicas no antijurídicas, el ataque de inimputables y de quien obra por miedo insuperable, por ser actos lícitos o no conscientes y voluntarios. De igual modo, la riña excluye la legítima defensa por ser todos agresores y agredidos.

La legítima defensa puede ser preventiva, si se dirige a impedir una agresión inminente, que amenaza con producirse de modo inconfundible, o represiva, si repele la actual, la que acontece. La situación de defensa se extiende desde que es apreciada la amenaza inmediata para el bien jurídico, hasta que haya cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos. La agresión pasada legitimaría la venganza y la futura salvaguardaría el miedo. El estado de agresión inmediata no puede depender del proceso mental interno de la víctima que se siente en peligro de ataque, difícil de probar, pero tampoco debe supeditarse a su probabilidad matemática, siendo más fácil para su apreciación la agresión actual, por ser la que se está desarrollando.

La provocación es la acción intencional, dirigida por quien después se defiende hacia el futuro agresor, suponiendo una relación de causalidad entre provocación y agresión, debiendo ser la causa adecuada o necesaria de la última, porque si ésta, o su magnitud, no concuerdan con la primera, no puede eliminar el fundamento de la legítima defensa. El provocador, en determinados casos y circunstancias, tiene derecho a defenderse ante una respuesta desproporcionada, porque esa desproporción en el ataque tiene efecto mutilante sobre la provocación que lo origina. Piénsese en un sujeto que ante una ofensa verbal responde disparando un arma de fuego para matar a quien le ofende.

Para Jiménez de Asúa la provocación vicia en su causa la legítima defensa, mientras que Silvela expresó, "Es justo decir que el provocador no puede ser obligado a dejarse matar o condenarlo por haber cometido un delito al defenderse de quien reaccionó ante su

provocación" (citado por Hernández de Armas, Nicasio, 1975: 82); refiriendo el TSP en sentencia No. 681 de 15 de mayo de 1974, "Obra en legítima defensa de su vida el acusado que toma una pistola y se dispone a repeler una agresión al ser sorprendido de noche, en convivencia con la esposa y en el domicilio conyugal del que resultó lesionado, cuando éste se introduce súbitamente en el referido domicilio con una pistola en la mano; pues necesariamente se tuvo que representar que era objeto de una agresión mortal contra su vida, lo que no justifica la responsabilidad ética de su conducta reprochable".

La provocación que invalida la legítima defensa, debe ser la que fundadamente induzca u obligue a la agresión, según las circunstancias en que se ejecuta y la persona a quien se dirige, infiriéndose que se ha buscado, que está dirigida a ello, considerando más acertada la redacción del Código de Defensa Social (CDS) que expresaba "no provocada ni buscada de propósito", porque la del CP "y no provocada", de la forma que se expresa, absolutiza que toda provocación invalida la justificación, sin distinguir, cuando la doctrina y la jurisprudencia afirman lo contrario. Según la sentencia del TS No. 373 de 18 de diciembre de 1941, la agresión solo deja de ser injusta cuando ha sido provocada con el propósito de crear una situación de defensa.

Lo correcto sería "y no provocada intencionalmente", indicando con exactitud que la provocación que invalida la actuación en legítima defensa es la que tiene el propósito de colocarse en ese estado, de forma directa o eventual, precisando una relación causal entre la provocación y la agresión, para excluir, como sinónimo de provocación los actos no son idóneos o suficientes para desencadenar una determinada agresión, librando al sujeto de soportar la desproporción, pues solo quien intencionalmente provoque la agresión que se produce, debe ser privado de la posibilidad de defenderse legítimamente.

Artículo 21.2.a. "Necesidad objetiva de la defensa": Su apreciación exige la inexistencia de otra vía para conjurar la agresión que no sea mediante el despliegue de la conducta típica, pues la simple

suposición de una agresión no permite que la eximente cobre vida, sobre lo cual la sentencia No. 3692 de 9 de diciembre de 1988 del TSP, expuso, “Para ser acreedor de la eximente de legítima defensa no basta que exista una agresión ilegítima y no provocada por el que se defiende, sino que tiene que existir la necesidad objetiva de esa defensa”.

Pero no puede pedirse a los ciudadanos, jurídicamente, huir del enfrentamiento para evitar la agresión, lo que se ha descartado en la jurisprudencia española (sentencias del TS de 3 de abril de 1976, 23 de marzo de 1988 y 30 de octubre de 1990). De la misma forma, la posibilidad eventual de recibir auxilio no es motivo para desestimar la legítima defensa.

Luzón Peña considera que no es posible alegar legítima defensa cuando se reciben los efectos de una tentativa inidónea o delito imposible por cuanto no existe antijuricidad, toda vez que no hay afectación de bienes jurídicos, mientras que otros autores opinan que no puede negársele a la víctima de un delito imposible que se defiende de quien intenta matarlo aunque los medios no sean idóneos.

Imaginemos a un sujeto que se ve frente a su mortal enemigo, el cual, empuñando un arma de fuego sin proyectiles, hace un ademán para dispararle. Es obvio que puede y debe defenderse, no siendo exigible, en esas circunstancias, verificar la idoneidad del medio empleado para la agresión, pero también es cierto que no había necesidad objetiva de defenderse, estando entonces frente a una legítima defensa putativa, la que tendrá amparo legal en la eximente del error, porque éste, ciertamente, era invencible.

Artículo 21.2.b. “Proporcionalidad entre la agresión y la defensa, determinada en cada caso con criterios razonables, según las circunstancias de personas, medios, tiempo y lugar”: Se estipula la proporcionalidad entre la agresión y la defensa, no entre medios de ataque y defensa como establecía el CDS, pues son las circunstancias de personas, medios, tiempo y lugar, apreciadas racionalmente, las

que determinarán si esa proporcionalidad existe.

El hombre que sufre una agresión inesperada e injusta tiene derecho a defenderse con las armas que disponga, cumpliendo el principio de ponderación de bienes. La desproporción del medio empleado para defenderse implica escoger conscientemente un medio superior al necesario, habiendo disponible otros también eficientes pero menos drásticos. En la sentencia No. 233 de 28 de julio de 1942, el TS explicó, “en la estimación de la racionalidad del medio empleado para repeler y evitar una agresión ilegítima, no hay ni puede haber reglas morales ni jurídicas fijas ni precisas, dada la multiplicidad de casos y la diversidad de las circunstancias que pueden concurrir”.

Artículo 21.3. “Está igualmente exento de responsabilidad penal el que defiende a un tercero en las condiciones y con los requisitos exigidos en el apartado 2, aunque la agresión haya sido provocada, si el defensor no participó en la provocación”: Se exigen los requisitos de la defensa propia, salvo la falta de provocación, admitiendo la posibilidad de que haya existido por parte del defendido, si el defensor no participó en la provocación; con lo que se abandonan aciertos del derogado CDS, restringiéndose además la defensa del tercero a su persona exclusivamente, obviando sus derechos.

No hay dudas en cuanto a la configuración de la eximente cuando se defiende a un tercero objeto de una agresión ilegítima, inminente o actual y no provocada por él, cumpliéndose los requisitos de necesidad objetiva de la defensa y proporcionalidad entre el ataque y la defensa, pues son los mismos que se tienen en cuenta en la legítima defensa propia, con la diferencia que el defensor no es la persona que recibe el ataque. La confusión comienza al autorizarse la defensa de un tercero provocador, vulnerando con ello, o desconociendo, los principios, condiciones, requisitos y fundamentos sobre los que erige esta institución.

Quien provoca una agresión, y ya se ha explicado a que provocación nos referimos, no debe esperar que el derecho ampare su

defensa, porque la falta de provocación es una exigencia para la corporificación de la eximente, resultando obvio que la falta del requisito afecta al provocador y al defensor, por recaer sobre elementos fácticos de la causa de justificación, llamando la atención que si el defensor participó o conoció de la provocación no se configura la eximente, pero si desconocía que la persona a quien defiende era el provocador, lo ampara la justificante; de modo que la legalidad de su actuación no es por la concurrencia objetiva de los elementos que apuntalan la institución, sino por la falta de coincidencia entre la realidad de los hechos y su representación, es decir, el desconocimiento de que la agresión había sido provocada; haciendo recaer la causa de justificación sobre el autor, ignorando su carácter objetivo.

Admitir la legítima defensa de un tercero provocador, existiendo relación causal entre la provocación y la agresión, es sin duda alguna una metáfora jurídica. En todo caso pudiera gravitar sobre el actuante la inculpabilidad por error o la justificación por cumplimiento de un deber, según el caso.

Otro aspecto cuestionable, es el haber eliminado la posibilidad de defender legítimamente otros derechos que no sean los de la persona del tercero, como el CDS, pues nada niega que un derecho, como el de la propiedad, pueda ser objeto de una agresión ilegítima, inminente o actual y no provocada, y exista además necesidad objetiva de su defensa, faltando únicamente el amparo legal para actuar.

Artículo 21.4. "Asimismo, obra en legítima defensa el que impide o repele en forma adecuada un peligro o un daño inminente o actual a la paz pública o a los bienes e intereses sociales o del Estado": Se trata de la defensa de bienes sociales, exigiéndose que la defensa sea la adecuada para impedir o repeler un peligro o un daño inminente o actual, debiendo corresponder la defensa a la entidad del daño o del peligro; considerándose por algunos autores como una innovación del CP; criterio que no comparto, por estimar que la formulación de este precepto es, por un lado, una redundancia jurídica y, por otro, un desacierto técnico, asistiéndole razón a Binding cuando sostenía que

la defensa del Estado no era una legítima defensa, sino un ejercicio de derecho autónomo.

En cualquier Estado, el cumplimiento de los deberes fundamentales reviste importancia trascendental. Nuestra Constitución, en su artículo 64, establece que es deber de cada uno cuidar la propiedad pública y social, consagrando en el artículo 65 que la defensa de la Patria Socialista es el más grande honor y deber supremo de cada cubano; concibiéndose como tal la defensa de todos y cada uno de los bienes e intereses sociales regulados en la propia carta magna, lo que supone, desde luego, la defensa contra cualquier ataque que ponga en peligro esos bienes o intereses.

En el artículo 66 se establece que el cumplimiento estricto de la Constitución y las leyes es deber inexcusable de todos; debiendo entenderse entonces que la defensa de los bienes o intereses sociales y de la paz pública, es un deber de la colectividad ante conductas que impliquen peligro o daño para ellos; por eso, quien impide o repele en forma adecuada un peligro o un daño inminente o actual a la paz pública o a los bienes o intereses sociales o del Estado, está exento de responsabilidad penal en virtud del cumplimiento de un deber impuesto a cada ciudadano por la ley suprema, pero no por legítima.

Es fácil advertir además que no se exige el requisito de la agresión ilegítima, aludiendo solamente al peligro o daño, inminente o actual, que debe repelerse o impedirse en forma adecuada; lo que convierte este precepto en una copia deformada del estado de necesidad.

Artículo 21.5. "Si el que repele la agresión se excede en los límites de la legítima defensa, y, especialmente, si usa un medio de defensa desproporcionado en relación con el peligro suscitado por el ataque, el Tribunal puede rebajar la sanción hasta en dos tercios de su límite mínimo, y si se ha cometido este exceso a causa de la excitación o la emoción violenta provocada por la agresión, puede aun prescindir de imponerle sanción alguna": No admite dudas la posible rebaja de sanción por exceso en la defensa y desproporcionalidad en el medio, al sustentarse en elementos fácticos; se objeta la inclusión del exceso

a causa de excitación o emoción violenta provocada por la agresión, por abandonarse el análisis de requisitos objetivos de la justificante, que actúa sobre el hecho, para analizar la inculpabilidad del autor, como elemento fundamental, lo que pudiera hacerse, en los casos concretos, en base al error, el miedo insuperable, trastorno mental transitorio o facultad sustancialmente disminuida para comprender el alcance de la acción y dirigir la conducta; es decir, por inculpabilidad y por inimputabilidad.

Asimismo, debiera acogerse como modalidad de la legítima defensa incompleta el caso del sujeto que impide o repele una agresión ilegítima que provocó, si la agresión es desproporcionada en relación con la provocación, pues, como se expuso, en muchos casos la provocación no elimina la ilicitud de la agresión.

#### **4 PROPUESTA DE FORMULACIÓN DEL ARTÍCULO 21 DEL CÓDIGO PENAL**

De conformidad con los criterios vertidos, la formulación correcta del Artículo 21 del Código Penal debiera ser la que a continuación se expone.

Artículo 21.1. Está exento de responsabilidad penal el que obra en legítima defensa de su persona o derechos

2. Obra en legítima defensa el que impide o repele una agresión ilegítima, inminente o actual y no provocada intencionalmente, si concurren, además, los requisitos siguientes:

- a) Necesidad objetiva de la defensa
- b) Proporcionalidad entre la agresión y la defensa, determinada en cada caso con criterios razonables, según las circunstancias de personas, medios, tiempo y lugar

3. Está igualmente exento de responsabilidad penal el que defiende la persona o los derechos de un tercero en las condiciones y con los requisitos exigidos en el apartado 2.

4. Si el que repele la agresión se excede en los límites de la legítima defensa, y, especialmente, si usa un medio de defensa despropor-

cionado en relación con el peligro suscitado por el ataque o si, en su caso, la agresión que repele es desproporcionada respecto a la provocación que la causó, el Tribunal puede rebajar la sanción hasta en dos tercios de su límite mínimo o exonerar de responsabilidad cuando las circunstancias del hecho lo justifiquen.

## 5 CONCLUSIONES

Al abordar el estudio de la Legítima Defensa como institución jurídica que justifica la responsabilidad criminal de ciertos hechos típicos, valorando las diversas formas en que se materializa, y efectuar los respectivos cuestionamientos, concluyo que esta eximente, desde el punto de vista técnico-jurídico, no se encuentra correctamente regulada en nuestro Código Penal y que, a pesar de que estos defectos formales no trascienden al ámbito de la política criminal, se hace necesario realizarle las mejoras correspondientes.

## RESUMO

*Este trabalho se valora a legítima defesa em suas distintas modalidades, à luz da doutrina e a jurisprudência, considerando que esta instituição jurídica não está corretamente regulada no Código Penal (CP), propondo ao efeito as recomendações pertinentes. Aborda o estudo da legítima defesa como instituição jurídica que justifica a responsabilidade criminal de certos fatos típicos, valorando as diversas formas em que se materializa, e efetuar os respectivos questionamentos, concluo que esta examine, desde o ponto de vista técnico-jurídico, não se encontra corretamente regulada no nosso Código Penal e que, apesar de que estes defeitos formais não transcendem ao âmbito da política criminal, se faz necessário realizar as melhoras correspondentes.*

**Palavras-chave:** *Legítima Defesa. Responsabilidade criminal. Política criminal.*

## REFERENCIAS

- Álvarez Tabío, Fernando. 1989. **Comentarios a la Constitución Socialista**. Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, Cuba.
- Casasús, Juan J.E. 1950. **Código de Defensa Social y Derecho Penal Complementario**. Segunda Edición, Tomo I. Editorial Molina y Compañía, La Habana, Cuba.
- Código Penal**, Ley No. 62 del 29 de diciembre de 1987.
- Cuello Calón, Eugenio. 1982. **Derecho Penal**. Parte Especial, Tomo II, Decimocuarta Edición. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, España.
- Chirino, Alfredo y Salas, Ricardo. 1993. **La Legítima Defensa. Alcance y Límites Dogmáticos y Jurisprudenciales**. Investigaciones Jurídicas S.A., Costa Rica.
- Hernández de Arma, Nicasio. "Apuntes Para un Estudio de la Legítima Defensa". **Revista Cubana de Derecho** No. 9, Año IV, Enero-Junio 1975. La Habana, Cuba.
- Jiménez de Asúa, Luis. 1950. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I-II. Edit. Losada S.A., Buenos Aires, Argentina. Masa y Rodríguez, Emilio. 1943. **La Legítima Defensa en la Jurisprudencia Cubana**. Primera Edición. Jesús Montero Editor, La Habana, Cuba.
- Montesquieu. 1976. **El Espíritu de las Leyes**. Editorial C. Sociales, La Habana, Cuba.
- Quirós Pérez, Renén. 1999. **Manual de Derecho Penal**. Tomo I. Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba.
- Rusconi, Maximiliano Adolfo. S/A. **La Justificación en el Derecho Penal**, Algunos Problemas Actuales. Editorial AD-HOC S.R.L., Buenos Aires, Argentina.
- Sainz Cantero, José A. 1984. "La Legítima Defensa y el Estado de Necesidad". **Revista de Divulgación Jurídica MINJUS** No. 1, La Habana, Cuba.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 1988. **Tratado de Derecho Penal**. Editorial Cárdenas, México.

# Inaplicabilidad de la Probation Como Respuesta Penal Frente a la Violencia Contra la Mujer<sup>1</sup>

*Fernando M. Rodrigo<sup>2</sup>*

*Jessica R. Gimenez<sup>3</sup>*

## RESUMEN

La violencia contra las mujeres se encuentra presente en todas las sociedades del mundo, constituyéndose en una de las manifestaciones más brutales de desigualdad entre los géneros. El Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos -de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho Penal. Un objetivo primordial para eliminar los patrones socioculturales androcéntricos es la incorporación de la perspectiva de género en

---

<sup>1</sup> Data de recebimento: 24/11/2017. Data de aceite: 19/01/2018.

<sup>2</sup> Fiscal Adjunto de la Unidad Fiscal Investigación y Juicio N° 1 -sede ciudad de Rosario- del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe, República Argentina - Presidente de la Asociación de Fiscales del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe, República Argentina - Magister en Derecho Procesal (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina) - Abogado (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina); Mediador Penal (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe, República Argentina); Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, República Argentina (cátedras de Introducción al Derecho y Derecho Procesal Penal, y ex Docente de Derecho Penal I -Parte General-); Profesor del Instituto de Seguridad Pública (I.Se.P.) -ex Escuela de Cadetes de Policías- de la Provincia de Santa Fe, República Argentina. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y de International Association of Prosecutors (IAP). E-mail: fernandorodrigo1@gmail.com

<sup>3</sup> Pasante del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe -sede ciudad de Rosario-, República Argentina; Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina.

la prestación de justicia, desde el ámbito de las relaciones laborales hasta en el dictado de resoluciones y sentencias, pasando por el trato de las víctimas y el tratamiento de las causas. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, prevé la obligación de los Estados de adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, a lo que se agrega la necesidad de establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

**Palabras clave:** *Violencia contra la mujer. Derecho Penal. Probation.*

## 1 INTRODUCCIÓN

La violencia contra las mujeres se encuentra presente en todas las sociedades del mundo, no hace distinciones de culturas, clases sociales o etnias, constituyéndose en una de las manifestaciones más brutales de desigualdad entre los géneros. Esta clase de violencia se manifiesta de diferentes maneras y en múltiples espacios, cristalizándose en un problema cultural complejo<sup>4</sup>.

Para muchísimas mujeres, lamentablemente, la violencia es omnipresente y un firme elemento integrante de sus vidas y experiencias cotidianas, donde no están seguras de ningún modo. La violencia contra las mujeres no es una materia que pertenezca a un ámbito o rama del derecho, sino que, por el contrario, es parte de todos los ámbitos jurídicos, donde se transgreden diversos derechos, verbigracia, su integridad física y psíquica y su libertad (Derecho penal) o su

---

<sup>4</sup> RODRIGO, Fernando M., "Estrategias de defensas para mujeres que responden a las agresiones de sus maltratadores", en Sup. Penal2013 (septiembre), 3 - L.L. 2013-E, 544.

estado civil o relaciones de familia (Derecho civil).

Durante muchos el sistema de justicia penal consideraba la violencia de género como un problema menor que escapaba a su jurisdicción. Recientemente se ha comenzado a movilizar recursos para poner freno a este problema, la convergencia de los intereses de grupos defensores de los derechos de la mujer y de otros actores sociales y políticos “ha conducido a una serie de respuestas tendientes a fortalecer el etiquetamiento como criminal de la violencia doméstica y el maltrato”<sup>5</sup>.

En el mundo, diariamente, se violan los derechos humanos de miles de mujeres, que sufren la violencia en todas sus facetas: la física, sexual y psicológica. Ello acontece en todos los ámbitos: en el familiar (malos tratos, abuso sexual de las niñas, violación a manos del marido), en el político-religioso (mutilación genital femenina, exclusión social) y socioeconómico (explotación laboral y sexual)<sup>6</sup>.

El Estado de Derecho posee mecanismos específicos para que las personas garanticen sus derechos en casos extremos, no los promueve, los tolera. Con una visión más amplia estas situaciones justifican y comprenden aristas no solo legales sino también psicológicas, antropológicas, sociales y políticas, que consagren un Derecho Penal válido, eficaz y justo<sup>7</sup>, el “problema” es en qué medida el tratamiento penal persigue las conductas denunciadas y protege a las mujeres que sufren violencias.

## **2 NUEVOS RETOS DEL SISTEMA PUNITIVO Y ABORDAJE DEL ESTADO ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO**

El Derecho intenta aprisionar el tiempo, insertándolo dentro de un

---

5 MEDINA, Juan J., “Violencia contra la mujer en la pareja”, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2002), pág. 377.

6 Comas d’Argemir, Montserrat, “La lucha internacional contra la violencia de género”, diario El País, 25 de noviembre de 2006, en

[http://elpais.com/diario/2006/11/25/opinion/1164409213\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2006/11/25/opinion/1164409213_850215.html) (consultada 15/12/2014)

7 VITALE, Gustavo L., “Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal”, en AA.VV., “Teorías actuales en el Derecho Penal”, (Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998), págs. 74/5.

orden formal que establece los criterios de las periodicidades. Niega al tiempo su papel de patrón de los ritmos y de las medidas y trata de obligarlo a regirse por las rutinas y secuencias del orden jurídico.

El tiempo nunca ha resistido, menos aún en nuestra época, los encasillamientos del Derecho, por lo que se evade por los grietas del sistema envolviendo al sistema mismo, modelándolo y adaptándolo a una lógica diferente.

El derecho punitivo tiene por misión la protección de la convivencia humana en la comunidad<sup>8</sup>, el Derecho Penal es la parte del control social, que resulta institucionalizado en forma punitiva y con discurso punitivo, el fundamento del mismo radica en su necesidad

(...) para garantizar la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de delitos: protección de los bienes jurídicos más preciados contra los ataques a los mismos más intolerables ... actualmente y para un futuro previsible parece indiscutible la necesidad de recurrir al Derecho penal para la protección de la convivencia social soportable<sup>9</sup>.

En este contexto de marginalización y conraintegración, al Derecho Penal le comprende la aceptación y asunción de la marginalidad y situaciones especiales de violencia, otorgando soluciones especiales y particulares para la comisión de los ilícitos en tales circunstancias.

En el Derecho Penal de la postmodernidad<sup>10</sup>, el legislador, como el juez, y los demás operadores jurídicos, deben actuar en sectores antes no comprendidos o alcanzados por las normas penales.

El Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obede-

---

8 JESCHECK, Hans – Heinrich, "Tratado de Derecho Penal, Parte General", 4<sup>o</sup> Edición, Traducción de José Luis Manzanera Samaniego, (Granada, España, Editorial Comares – Granada, 1993), pág. 1.

9 LUZON PEÑA, Diego Manuel, "Curso de Derecho Penal, Parte general", tomo I, 1<sup>o</sup> edición, 1<sup>o</sup> reimpresión, (Madrid, Editorial Universitas S.A., 1999), pág. 79.

10 HASSEMER, Winfried, "Persona, mundo y responsabilidad", trad. de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, (Colombia, Temis, 1999), págs. 15 y ss.

zca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos -de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes-, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho Penal<sup>11</sup>.

La intervención penal por sí sola resulta ineficaz para resolver el conflicto y tiende a revictimizar a la mujer que llega al sistema judicial en demanda de ayuda, ya que sus reglas exigen certeza absoluta para la condena y requiera de un prolongado período de tiempo entre la denuncia y la sentencia acusatoria, absolutoria o de suspensión de juicio a prueba, lo que se puede considerar como inadecuado e ineficaz a los criterios de peligrosidad, urgencia y riesgo de cada caso, en función de la protección de la mujer víctima de la violencia de género.

Al respecto sabemos que el Derecho Penal tiene por sujeto principal al imputado y no a la mujer víctima, aunque en el sistema de suspensión del proceso penal a prueba – para aquellos que consideran posible su aplicación a los casos de violencia de género- la misma es escuchada a los fines de aceptar o no la reparación del daño ofrecida por el imputado.

En nuestros días existen normas que protegen y garantizan innumerables derechos a la mujer<sup>12</sup>, no obstante se halla un gran déficit funcional e institucional para abordar el fenómeno de los malos tratos a las mujeres, tal vez, ello se encuentre dado en la incomprensión de que la violencia de género presenta caracteres materiales, sociales y

---

11 En tal sentido puede v. SILVA SANCHEZ, Jesús María, "La expansión del Derecho Penal", 2ª edición, (Madrid, Civitas, 2001), págs. 25 y ss. También c. AA.VV., "Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo", coords.: Luis Arroyo Zapatero y otros, (Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003).

12 En nuestro país además de las normas generales existen normas especiales que protegen a la mujer, las cuales son las siguientes: Ley N° 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. (11/03/2009); Reglamentación de la Ley 26.485: Decreto 101/2010; Ley N° 26.472 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, que contempla el supuesto de Prisión Domiciliaria para madres con hijos menores de cinco (5) años, para la mujer embarazada, entre otros; Ley N° 26.364 y Ley N° 26.842 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas; Ley N° 26.171 de aprobación de Protocolo Facultativo de convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Ley N° 25.673 de creación de Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; Ley N° 24.012 de Cupo Femenino (en Santa Fe Ley N° 10.082); entre otras.

psicológicos muy diferentes a las demás violencias interpersonales.

La violencia contra la mujer, en sus diferentes formas<sup>13</sup>, se ha ido delimitando como una de las áreas delictivas más complejas y dañinas en las sociedades modernas, las múltiples actuaciones de tratamiento punitivo, no alcanzan a responder a los resistentes comportamientos violentos, lo cual se demuestra en el crecimiento de los casos violentos como en la reincidencia de los mismos.

La acción violenta contra la mujer está orientada a someterla mediando una combinación de agresiones físicas y psíquicas que integran un abanico amplio de infracciones penales constitutivas por ejemplo de lesiones, abuso sexual, privaciones de su libertad, malos tratos, amenazas, desobediencia a órdenes judiciales o coacciones. El agresor acomete contra la mujer procurando producir miedo a seguir sufriendo daños sobre sí misma, sobre sus hijos u otro miembro o persona sobre la que el agresor ejerza algún acto de poder<sup>14</sup>.

Los operadores del Derecho Penal deben comenzar a considerar estas situaciones que ocurren sostenida y repetidamente en nuestra sociedad, una visión moderna del Derecho Penal debe instituir homogeneidad y aceptación de la realidad social, no debe endurecerse ante estas situaciones, sino que debe captarlas y valorarlas, especialmente cuando la mujer responde y enfrenta los maltratos que sufre constantemente, lo contrario significaría un miope entendimiento.

Un objetivo primordial para eliminar los patrones socioculturales androcéntricos<sup>15</sup> es la incorporación de la perspectiva de género en la prestación de justicia, desde el ámbito de las relaciones labora-

---

13 Las mujeres maltratadas sufren diferentes situaciones de violencia entre las que pueden nombrarse la violencia psicológica, las agresiones físicas, la violencia sexual, la presión económica, el acoso por intrusión (stalking) hasta llegar al homicidio de la mujer.

14 RODRIGO, op. cit., L.L. 2013-E, 544.

15 El androcentrismo es la organización de las estructuras económicas, socioculturales y políticas a partir de la imagen del hombre; un enfoque que fundamenta las experiencias humanas, el protagonismo de la historia y el desarrollo desde una perspectiva masculina. De esta forma, este concepto alude a una cosmovisión masculina del conjunto de relaciones sociales. También revela la condición de las mujeres, como puede ser la falta de oportunidades en la toma de decisiones y en aspectos laborales. En tal sentido v. Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Diccionario de Género. Incluye la Ley Provincial 12.569, <http://www.hcdiputados-ba.gov.ar/weboaci/files/diccionario.pdf> (consultada el 08/01/2015).

les hasta en el dictado de resoluciones y sentencias, pasando por el trato de las víctimas y el tratamiento de las causas. La falta de incorporación de la perspectiva de género producirá la denominada “violencia institucional”, que es receptada por nuestra legislación a partir de los tratados internacionales y que se encuentra en el art. 6 inc. b) de la Ley N° 26.485.

Esta necesidad es señalada por Facio al plantear que:

Pensemos si no en los efectos que tendría en la concepción del sujeto paradigmático del derecho: el buen padre de familia, si todas las normas fueran aplicadas desde una perspectiva de género. Pasaría que poco a poco el derecho judicial habría transformado al sujeto paradigmático del derecho en un sujeto más inclusivo de las necesidades y diferencias entre los seres humanos lo que a su vez transformaría el contenido de las normas del derecho judicial (...) tener jueces y juezas sensibles al género interpretando y aplicando las leyes neutras desde una perspectiva de género [haría] que el fenómeno jurídico fuera generalmente justo<sup>16</sup>.

El Estado tiene responsabilidad de actuar con diligencia, esto ha sido resaltado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al expresar que la “inefectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos”<sup>17</sup>.

Resulta de lo expuesto, primero la necesidad de que el Estado visualice y asuma medidas protectoras y respuestas adecuadas ante la violencia de género, para que, en segundo lugar, el derecho punitivo ante el proceso y dinámica de la violencia de género perfectamente identificada en el “ciclo de violencia”, brinde una intervención conveniente de medidas preventivas como también al tratamiento de los sujetos, la aplicación y determinación de la pena o en su caso la

---

<sup>16</sup> FACIO, Alda, ‘Con los lentes del género se ve otra justicia’, en AA.VV., ‘Otras miradas de la justicia. El otro derecho’, número 28, “Bogotá, ILSA -Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2002), págs. 95/6.

<sup>17</sup> Comisión IDH, Informe N° 54/01, 16/04/2001, caso María Da Penha Maia Fernandes.

aplicación o no de institutos como la suspensión del juicio a prueba.

### **3 LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA: SUS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA PROBATION:**

La ley 24.316<sup>18</sup>, introdujo, al Código Penal, el instituto de la suspensión del juicio a prueba –conocido como probation- en los arts. 76bis, ter y quater, mediante el cual el justiciable puede solicitar la suspensión del juicio<sup>19</sup>, debiendo para ello ofrecer una reparación razonable a la víctima y cumplir con las reglas de conducta que le imponga el tribunal.

La legislación de nuestro país propone hacer suyos los principios rectores que surgen del derecho internacional y de la normativa constitucional, de tal modo se plasma a nivel nacional uno de los objetivos fundamentales de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)<sup>20</sup>.

A grandes rasgos, lo que se advierte es que el sentido de la previsión del art. 76 bis del Código Penal, esto es la voluntad del legislador, en su correcta lectura conforme las directrices de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.), con claras intenciones de descongestionar el sistema judicial y eludir la estigmatización de las condenas para los delitos de bagatela o de nimia afectación al bien jurídico tutelado —casos del primer y segundo párrafo de la normativa—, o de media relevancia —casos del cuarto párrafo—, es que para los casos leves la probation corresponde por derecho,

---

18 Adla, LIV-E, 1400

19 ERBETTA, Daniel, FRANCESCHETTI, Gustavo y ORSO, Tomás, 'Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. Texto vigente según leyes 6740, 12734 y 12912, Análisis y comentario a la Ley de implementación Progresiva y artículos de la ley 12734 que entran en vigencia', (Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009), pág. 120.

20 'Los Estados miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones y de esta manera reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los Derechos Humanos, las exigencias de la Justicia Social y las necesidades de rehabilitación del delincuente' (Regla de Tokio, regla 1.5). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

pero requiere del consentimiento Fiscal, cuyo dictamen no escapa al control de logicidad y razonabilidad, es decir per se, su opinión no es vinculante.

A partir de la entrada en vigencia de la figura de la probation, la doctrina autoral y jurisprudencial han examinado y fijado paulatinamente los perfiles de la figura, precisando el pensamiento respecto de puntos controvertidos de la norma.

En esta dirección, De Olazábal ha sostenido que:

(...) a todas luces se evidencia que los elementos configurantes del eventual delito atribuido en nada se desmerecen por la aparición de la suspensión del juicio a prueba. La actuación de éste se circunscribe exclusivamente a la punibilidad, sobre la que opera bloqueándola (provisoria o definitivamente en caso de que se cumplan las condiciones fijadas). A diferencia de la condena condicional, la probation no configura una pena, puesto que no se llega al pronunciamiento de tal, ni, por las mismas razones -entre otras, obviamente- una medida de seguridad (...) <sup>21</sup>

Por su parte la doctrina judicial ha señalado que:

(...) no implica una condena en sentido específico, sino que es la renuncia a la potestad punitiva del Estado; no es una sentencia, es una medida revocable que abre un status procesal específico, que suspende el procedimiento sancionatorio común, otorgando una oportunidad de re-forma y al mismo tiempo una posibilidad de condena en caso de incumplimiento de las condiciones a que la somete el juez. La resolución que deniega la suspensión del juicio a prueba es revisable para la defensa durante el plenario pudiendo ésta plantear, durante el debate oral, el recurso de reposición contra un rechazo de la suspensión pedida y, en su caso, hacer formal protesta de recurrir en casación para la hipótesis de condena. Las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión del juicio a prueba no encuadran dentro de los supuestos del art. 457 CPr.Cr ...<sup>22</sup>

---

21 DE OLAZABAL, Julio, "Suspensión del proceso a prueba", (Buenos Aires, Astrea, 1994), págs. 19/20.  
22 CNCasación Penal, sala II, Capital Federal, 24/06/1997, in re "Enciso, Lorenzo y otro", JUBA Penal 10468, J.A. 1999-II, 547

Teniendo por finalidad: "(a) descomprimir el sistema penal, (b) brindar mayor protección a la víctima, (c) buscar la integración social de los imputados, (d) evitar un antecedente condenatorio para el imputado y el menor costo económico, por cuanto el proceso, en principio, se finaliza antes"<sup>23</sup>.

Más allá de las razones de política carcelaria que parte de los juristas<sup>24</sup> hacen mención para justificar la aplicación del instituto, se verifica que su empleo, en un caso concreto, paraliza el trámite normal del proceso penal impidiendo a la propia jurisdicción el dictado de la sentencia. De allí que piense De Olazábal, haciendo exégesis de la norma, que se trata de un modo de extinción condicionado al cumplimiento de las pautas fijadas en la ley<sup>25</sup>. Esta suspensión del proceso penal, evidentemente, obsta a la merituación cierta y definitiva de la relación de causalidad entre el hecho y el daño acaecido, además de no evaluarse la reprochabilidad social de la conducta del imputado a la luz de norma penal, circunstancias que interesan a a los hechos donde son víctimas las mujeres en manos de los hombres que avasallan no sólo sus derechos sino también su integridad física como psíquica, dejando muchas veces huellas imborrables en dichas mujeres.

#### **4 DICTAMEN FISCAL SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN DE JUICIO A PRUEBA**

El cuarto párrafo del art. 76 bis menciona que debe mediar consentimiento del fiscal para que el tribunal pueda suspender el juicio a prueba.

La exigencia del dictamen fiscal favorable para la procedencia de la probation (art. 76 bis - 4º. párr.- del Código Penal) es conse-

---

23 BACLINI, Jorge C., "Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. Ley N° 12.734", Tomo I - arts. 1 a 125-, (Rosario, Juris, 2010), pág. 133.

24 Puede verse por ejemplo: FREELAND LOPEZ LECUBE, Alejandro y TAMINI, Adolfo, "¿Probation a la manera americana, a la europea o qué?", J.A. 1994-IV, 859.

25 DE OLAZABAL, ob. cit., pág. 21.

cuencia de la vinculación de este instituto con el principio procesal de oportunidad. Ello así, puesto que los criterios de política criminal que hacen a la oportunidad de mantener la persecución penal, deben quedar en manos exclusivas del órgano promotor de la acción y no de quien ejerce la jurisdicción, y el tribunal no está habilitado para examinar la razonabilidad del pedido o de la oposición.

Para que el dictamen fiscal negativo vincule al juez en el trámite para la concesión de la suspensión del juicio a prueba, el mismo debe reunir determinadas condiciones, ello es así, pues una denegatoria carente de debida fundamentación configura un ejercicio arbitrario de la aludida potestad por parte del Ministerio Público, el cual autoriza a prescindir del mentado requisito legal.

La Cámara Nacional de Casación Penal resolvió en el plenario “Kosuta” que la oposición fiscal es vinculante para el otorgamiento del beneficio, siendo ello seguido en el ámbito provincial por los diferentes tribunales que la componen, señalándose además que no constituye un mero dictamen sobre la procedencia de la suspensión del juicio a prueba y que, salvo supuestos excepcionales de arbitrariedad, la oposición fundada de quien es titular de la acción pública, resulta vinculante para el juzgador.

En un caso se ha expuesto que el derecho a peticionar, por parte del imputado, la probation

(...)no implica una aceptación automática ni obligatoria, sino que ello permite la opinión y participación de otros actores del proceso penal, tal como el titular de la acción, el Ministerio Fiscal y eventualmente, el de la víctima; en tanto también debe tenerse presente las características del hecho, la entidad o gravedad que el mismo pudiera haber tenido, las circunstancias personales de cada acusado, sujetos únicos e irrepetibles con su impronta, como también razones de política criminal en lo que hace a la protección de los bienes jurídicos, y la necesidad de sancionar las infracciones, en pos del cumplimiento del mandato constitucional indicado en el Preámbulo Constitucional de “afianzar la justicia” y los derechos de las víctimas y/o damnificados llevando a que el Estado, a través del Ministerio Público

Fiscal tenga el derecho a oponerse, resaltando una vez más, que es ese Ministerio el que es titular de la acción, en la tarea de instar y ejercer la misma.<sup>26</sup>

El Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo en la causa “Pusterla”, que

El consentimiento del fiscal constituye un requisito para la suspensión de la realización del juicio, por lo que si el juez considera que su dictamen carece de adecuada fundamentación, debe anularlo y permitirle exponer nuevamente su posición (...) Esto es así ya que el órgano jurisdiccional no cuenta con la facultad de promover ni de suspender el ejercicio de la acción penal, el que, de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución Nacional, se encuentra a cargo del Ministerio Público Fiscal. Por lo tanto, cabe concluir que el consentimiento del fiscal es indispensable para la aplicación del instituto en cuestión, desde que provoca la suspensión de aquella potestad y puede además llevar a la extinción de la acción<sup>27</sup>.

Esta exégesis ha sido sustentada en que la suspensión del juicio a prueba constituye un modo de extinción de la acción penal gestado mediante el acuerdo de voluntades entre ofensor y ofendido, realizado con “aquiescencia del titular de la acción que así resigna su ejercicio en aras de la resolución del conflicto”<sup>28</sup>, por lo que no lográndose ese acuerdo, la voluntad del Estado –a través del Ministerio Público Fiscal- es la que debe primar en una solución que pone en juego la posibilidad de disponer de la acción penal.

## 5 VIOLENCIA DE GÉNERO Y

---

26 Colegio de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Juez de Cámara Otto Crippa García, Auto N° 724, 02/12/2014, en autos “SANCHEZ, Cristian Daniel s/Suspensión de Procedimiento a Prueba – Apelación”. En el mismo sentido Cámara de Apelación de Rosario, Sala III, en autos “Gonzalez Sergio”, Auto N° 278 del 19.08.2011; “Cañete Luis”, Auto N° 281 del 11.08.2010.

27 Dictamen del Procurador General de la Nación Eduardo Casal, 22/12/2011, en autos “Pusterla, Pablo José y otros s/ causa n° 15.203”, Expediente P.772.XLVII, <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verAnálisisDocumental&id=695025>

28 AA.VV., “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”, ob. cit, pág. 1112.

## SUSPENSIÓN DE JUICIO A PRUEBA

Uno de los temas más discutidos en el ámbito doctrinario y jurisprudencial de los últimos tiempos, es todo lo relacionado a lo que se ha llamado violencia de género. Es que a partir de la sanción de la ley nacional 24.632 el Estado argentino aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará.

Dicho tratado presta especial atención a la violencia contra la Mujer, incluyendo en este concepto cualquier violencia, mediante acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, y que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, señalando que abarca, actos de violación, maltrato y abuso sexual; o que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, ya sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra<sup>29</sup>.

El antecedente esencial en la presente temática lo constituye el fallo “Góngora”<sup>30</sup> dictado por nuestro máximo tribunal donde se estableció en términos generales que dentro de los objetivos establecidos por la “Convención de Belem do Pará” está el de establecer un “procedimiento, justo y eficaz para la mujer” que incluya “un juicio

---

29 IRIBARREN, Pablo E., “Violencia de género y suspensión de juicio a prueba”, DJ 24/12/2014, 21, Cita Online: AR/DOC/3677/2014.

30 CSJN, 23/04/2013, en autos “Góngora, Gabriel A. c/14092”, Fallo G 61, XLVII. La CSJN, abrió el recurso de hecho por considerarlo formalmente procedente porque se pone en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional (artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer) y lo resuelto por el superior tribunal de la causa, esto es la Cámara Federal de Casación Penal, es contrario al derecho que el recurrente sustentó en ellas (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

oportuno" (inc. f), y que ello impone, en el marco del compromiso asumido por el Estado Nacional al suscribir dicha Convención, la improcedencia de la adopción de alternativas distintas en los casos de violencia de género.

Que aquellas alternativas no se encuentran dentro de lo que puede considerarse "un juicio oportuno" y que el sentido del término "juicio" sólo es compatible con la etapa final del procedimiento (juicio oral), único momento en el cual puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o la inocencia del imputado, es decir, la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigidos por aquella Convención, así sostuvo que:

Corresponde revocar la decisión que anuló el auto que había rechazado la solicitud de suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis, CPen.) en una causa en que no se ha puesto en crisis la calificación de los sucesos investigados como hechos de violencia contra la mujer, ya que el art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional como nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente, lo que surge de considerar que el sentido del término juicio ('un juicio oportuno' según el inc. f del artículo mencionado) resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal, en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención.

### **5.1 Posición que admite la aplicación de la probation a la violencia de género**

Esta postura, denominada tesis amplia, entiende que realizando una exégesis de los antecedentes jurisprudenciales y la normativa aplicable, el rechazo de la aplicación del instituto no debe ser sis-

temático en los casos de violencia de género, sino que se deben tener presentes las circunstancias específicas, teniendo siempre en consideración los derechos de la víctima respecto de las previsiones del Art. 7, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, especialmente sus incs. b), c) y f), Convención de Belem do Pará.

Agregan que la suspensión de la persecución en el universo de casos definido por el art. 76 bis del Código Penal, no afecta ni contradice ninguno de los objetivos establecidos en el aludido instrumento internacional; todo lo contrario, pues resulta ser una respuesta institucional que logra armonizar dichos propósitos convencionales de protección hacia la mujer con los principios políticos rectores que hacen de base a un sistema de persecución penal igualitario y de mínima intervención<sup>31</sup>.

Sostienen que la obligación de investigar del Estado derivada de la Convención de Belem do Pará constituye una previsión específica que reafirma el mismo deber que la Corte Interamericana ha enunciado a partir del art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y añaden que si se siguiera el criterio de los defensores de la tesis restrictiva, debería asumirse como consecuencia, por caso, que la suspensión del juicio a prueba tampoco rige para los delitos contra la propiedad, pues también la propiedad privada es objeto de protección de la Convención Americana (art. 21), de manera que frente a un ataque a la propiedad existe el deber del estado de investigar, derivado del art. 1.1. Si ese “deber de investigar” tiene el alcance que sostienen los fallos que critica esta posición, esto es, si exige llegar hasta la sentencia definitiva, todas las legislaciones que prevén sistemas alternativos de resolución de conflictos definidos como delitos, o mecanismos de persecución basados en el principio

---

31 En tal sentido puede v. BALDIZZONE, Sebastián C., “Suspensión del juicio a prueba. Tesis restrictiva vs. tesis amplia”, L.L. 2012-C, 463; LOPARDO, Mauro y ROVATTI, Pablo, “Violencia de género y suspensión del juicio a prueba. Contra los avances de la demagogia punitivista”, DJ 11/09/2013, 1, Cita Online: AR/DOC/1657/2013.

de oportunidad, deberían considerarse virtualmente derogadas, incluso para delitos tales como el hurto<sup>32</sup>.

En este sentido siguen cierta jurisprudencia que le es conteste, así la correspondiente a la Cámara en lo Penal de Trelew<sup>33</sup>, que resolvió sobre el conflicto normativo entre la Convención de Belém do Pará y el art. 76 bis del CP, estableciendo dicho pronunciamiento, en crítica al precedente “Ortega” de la Cámara Federal de Casación Penal, que “... es conceptualmente errónea e implica una extensión que altera indebidamente el alcance y la finalidad del tratado internacional de protección de los derechos de las mujeres”<sup>34</sup>, y se agrega

Es claro que la citada Convención establece que los Estados deben asegurar el acceso de la mujer a la justicia, sin discriminación alguna, en pos de la protección de sus derechos. No caben dudas de la existencia de ese deber estatal indeclinable. Pero una cosa es afirmar esa obligación y otra, distinta, es admitir que dicho marco normativo haya creado un derecho subjetivo de las presuntas víctimas al ‘castigo’ penal y, mucho menos, que haya derogado en forma implícita derechos consagrados por la ley penal interna, específicamente reglados a favor de toda persona imputada de delitos de leve o mediana gravedad (art. 76 bis CP) (...) convalidar la ampliación de respuestas estatales punitivas —en el caso, a través del mecanismo de restringir el derecho del imputado a obtener la suspensión del juicio a prueba en delitos vinculados a la violencia de género—, no sólo vendría a operar a contramano de las ideas iushumanistas del proceso penal, sino que parecería ir en contra del postulado antidiscriminatorio básico de todo feminismo<sup>35</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires<sup>36</sup>.

---

32 LOPARDO y ROVATTI, ob. cit.,

33 Cámara en lo Penal de Trelew, 07/08/2012, en autos “C... s/ denuncia - Trelew” (Carpeta 3.524 OJ Tw — Legajo 31.735 OUMPF Tw), resolución de fecha 16/10/2012. En el mismo sentido, autos “... s/ dcia... abuso sexual —(Carpeta 3017 OJ Tw — Legajo 26769 OUMPF Tw).

34 Del voto de la juez Rodríguez.

35 Cámara en lo Penal de Trelew, 16/02/2012, carpeta 3.524 OJ Tw, del voto de la juez Rodríguez.

36 Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas CABA, 13/03/2012, en autos “Legajo de juicio en autos G., L. S.s/ infr. art. 149 bis CP”, s. I., causa n° 38178-01-CC/2010,f, del voto de los jueces Marum y Vázquez.

## **5.2 El deber de investigar la violencia de género por parte del Estado y negativa de aplicar la suspensión de juicio a prueba a la violencia de género:**

A raíz del dictado del fallo “Góngora”, se ha generado una corriente de pensamiento, denominada tesis restrictiva, que considera la improcedencia de la suspensión de juicio a prueba o probation, en casos de violencia de género.

Dicha convicción tiene sustento en lo previsto en el art. 7 inc. “f” de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia con la Mujer, aprobada por la ley 24.632, conocida como la “Convención de Belem do Pará”, que establece:

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente (...) f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

A partir de dicho pronunciamiento es que un importante sector de la jurisprudencia afirma hoy, con toda generalidad, que la suspensión del proceso a prueba “...es inconciliable con el deber que tiene el Estado de investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer, y de sancionar a sus responsables en un juicio con las debidas garantías”<sup>37</sup>.

Se dice que, como

(...) la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación de hechos que constituirían un delito, ese instituto debe ser considerado en relación con las obligaciones asumidas respecto de la concreta respuesta penal

---

37 CNCasPenal, Sala II, 30/11/2010, en autos “Calle Aliaga, Marcelo s/ recurso de casación”, causa n° 13.240, reg. 17.636, voto del juez García.

frente a sucesos [que impliquen alguna forma de violencia contra la mujer] pues, en estos casos, suspender el juicio a prueba implicaría afectar las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar[los]... circunstancia que pondría en crisis el compromiso asumido por el Estado al aprobarla<sup>38</sup>.

En suma, “ni el legislador, ni las autoridades competentes para la persecución penal, gozan de discreción en la decisión acerca de la promoción o continuación de la persecución penal, porque el Estado argentino se ha obligado a prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”<sup>39</sup>.

Esta posición se ve reforzada más aún en aquellos casos donde el Fiscal, que tiene en su poder el ejercicio de la acción penal, no otorga consentimiento a la probation sea por ser su convicción sea por estar establecido en normas internas de política criminal sobre la persecución penal tal como por ejemplo lo establece el Ministerio Público de la Acusación de la ciudad de Rosario, donde por Resolución N° 10/14, “Instructivo general de suspensión de procedimiento a prueba”, de fecha 04 de febrero de 2014, en el Anexo I, Punto II – Criterios especiales, se dispone: “(...) 2.- Violencia de género e intrafamiliar: No procede en casos que encuadren dentro de la violencia de género y violencia intrafamiliar. Excepcionalmente, cuando las agresiones hayan cesado por tiempo prolongado y el ofensor no cohabite con la ofendida (...)”.

Lo que debe hacerse, según esta tesitura, a la cual adherimos, es hacer un análisis entre la norma internacional invocada y el alcance del art. 76 bis del código de fondo, no debe desatenderse el contexto del artículo en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un “procedimiento legal justo y eficaz para la mujer”, que incluya “un

---

38 Del voto del juez Yacobucci en autos “Calle Aliaga”, antes citado.

39 CNCasPenal, Sala II, 30/11/2010, en autos “Calle Aliaga, Marcelo s/ recurso de casación”, causa n° 13.240, reg. 17.636, voto del juez García.

juicio oportuno”, la norma en cuestión impone considerar que, en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral deviene improcedente<sup>40</sup>.

El impedimento surge de considerar: 1) que el sentido del término juicio expresado en la cláusula 7° de la Convención resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal. Únicamente del juicio oral se puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar la clase de hechos exigida por la Convención; y 2) la concesión de la probation al imputado en la causa frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle.

Reiteramos, debe tenerse especialmente en cuenta la oposición a la habilitación de la suspensión del proceso a prueba del Ministerio Público Fiscal. La redacción del art. 76 bis del Código Penal, del que surge, tal como se ha referido, que el dictamen del agente fiscal resulta, en principio, vinculante, sujeto al control jurisdiccional de logicidad y fundamentación, en base a las facultades que posee el mismo en su carácter de titular del ejercicio de la acción pública, en otros términos, la oposición fiscal a la concesión de la probation debe resistir el examen de razonabilidad y legalidad jurisdiccional.

Distinto resulta cuando el titular de la acción penal pública brinda el consentimiento de la probation a situaciones de violencia de género, aquí parte de la jurisprudencia entiende que los magistrados pueden oponerse al otorgamiento de tal instituto, en tanto la suspen-

---

40 LLERA, Carlos Enrique, “El no de la Corte a la probation en casos de violencia de género”, L.L. 2013-E, 449.

sión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación o persecución de hechos que constituirían un delito -impunidad-, la suspensión de juicio a prueba debe ser considerada en relación con las obligaciones asumidas respecto de la concreta respuesta penal frente a sucesos como los que conforman el objeto de requerimiento fiscal. En este sentido la jurisprudencia ha sostenido que

En tal inteligencia, y siendo que la República Argentina aprobó esa Convención a través de la ley 24.632, el consentimiento fiscal para la suspensión del juicio a prueba debe ser ponderado por la instancia jurisdiccional en relación con las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar hechos como los aquí considerados, pues estos aspectos hacen al compromiso asumido por el Estado al aprobarla. En ese marco la opinión fiscal favorable a la suspensión del juicio a prueba entra en colisión manifiesta con las obligaciones asumidas por el Estado argentino. En consecuencia, existe un óbice formal de naturaleza legal que impide al Ministerio Público disponer de la persecución penal (...). En tal sentido, el consentimiento brindado por el Ministerio Público ha de ser ponderado concretamente en su legalidad de cara a las exigencias de la Convención de Belen Do Para que trascienden las referencias al modo en que podría cumplirse la supuesta sanción a recaer, la reparación económica y las tareas comunitarias ofrecidas por Ortega o incluso las manifestaciones de la defensa en la audiencia ante esta Sala, calificando el suceso como de bagatela o habitual (...). En virtud de todo ello, el impedimento legal antes aludido quita toda eficacia al consentimiento fiscal y legitima la denegatoria del tribunal<sup>41</sup>.

Siguiendo esta tesis, y a los fines de zanjar las posiciones jurisprudenciales y doctrinarias, y consolidar lo establecido por la Corte en el pronunciamiento Góngora, es que se han impulsado proyectos de ley, para reformar el Código Penal, donde se propone impedir la suspensión del juicio a prueba cuando se trate de un delito cometido mediando violencia de género contra las mujeres<sup>42</sup>, según la legisla-

<sup>41</sup> CNCasPenal, Sala II, 07/12/2010, en autos "Ortega, René Vicente s/ recurso de casación", causa n° 13.245, reg. 17.700, voto del juez Yacobucci.

<sup>42</sup> Dicho proyecto fue aprobado en diciembre de 2014 por la Honorable Cámara de Senadores de la Nación. <http://www.parlamentario.com/noticia-78385.html>

dora impulsora de este proyecto - Senadora Sigrid Kunath:

Este proyecto surge de la necesidad de consolidar en la legislación un tema que ya ha sido dictaminado por la Corte Suprema en el caso Góngora que, invocando convenciones internacionales de protección de las mujeres que Argentina ha ratificado, sentó el precedente de no utilizar esta figura procesal en este tipo de casos. Sin embargo, ciertos jueces se han apartado de lo dicho por el máximo tribunal y han concedido este beneficio a imputados en causas penales<sup>43</sup>.

## 6 CONCLUSIÓN

Fue la histórica lucha de las mujeres, ya sea particulares o en grupos, organizaciones nacionales o internacionales, las que nos permitió observar y es dable pensar en la protección de las víctimas de Violencia de Género, actualmente el objetivo primordial de las leyes, en especial la ley 26.485 como su nombre lo indica es: prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. El respeto por la igualdad de género guio los objetivos y propósitos fundamentales tanto del ámbito nacional como el internacional poner en evidencia los abusos que las mismas sufrían por la sola condición de ser tales.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, prevé la obligación de los Estados de adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, a lo que se agrega la necesidad de establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

Estas obligaciones que ha asumido el Estado argentino provocan fuertes tensiones con otros derechos y garantías constitucionales. Se puede observar que dos cuestiones están generando una fuerte

---

43 <http://www.parlamentario.com/noticia-76552.html>

polémica en los ámbitos jurídicos. Por un lado, la posible relajación de ciertos estándares probatorios para acreditar conductas delictivas teñidas por la violencia de género y por el otro lado, la posibilidad de que un imputado pueda acceder a la probation cuando se le achaca un delito cometido con esa finalidad.

En tal sentido, el consentimiento brindado por el Ministerio Público ha de ser ponderado concretamente en su legalidad de cara a las exigencias de la Convención de Belén do Para que trascienden las referencias al modo en que podría cumplirse la supuesta sanción a recaer, la reparación económica, constituyendo uno de los objetivos el de propugnar el desarrollo de políticas públicas para asistir a las mujeres, prevenir y erradicar este flagelo con penas de efectivo cumplimiento y evitar suspender el juicio a prueba. El respeto por la igualdad de género guió los objetivos y propósitos fundamentales tanto del ámbito nacional como el internacional poniéndose en evidencia los abusos que las mismas sufrían por la sola condición de ser tales, no debiéndose permitir volver a reiterar los mismos, teniendo como norte la sanción a los maltratadores.

## **INAPPLICABILITY OF PROBATION IN THE CRIMINAL LAW FOR VIOLENCE AGAINST WOMEN**

### **ABSTRACT:**

*Violence against women is present in all societies of the world, constituting one of the most brutal manifestations of gender inequality. Criminal law is a qualified instrument for the protection of particularly important legal rights. With this in mind, it seems necessary to take into account the possibility that their expansion may be due, at least in part, to the emergence of new legal interests - new interests or new pre-existing interests' valuations and to the increase in value experienced by some Of those that existed previously, that could legitimize their protection through the Criminal Law. A primary objective to eliminate androcentric*

*sociocultural patterns is the incorporation of a gender perspective in the provision of justice, from the field of labor relations to the issuance of resolutions and sentences, through the treatment of victims and the treatment of the causes. The Inter-American Convention to Prevent, Punish, and Eradicate Violence against Women, Belém do Pará Convention, provides for the obligation of States to adopt, by all appropriate means and without delay, policies aimed at preventing, punishing and eradicating such violence, This is compounded by the need to establish fair and effective legal procedures for women who have been subjected to violence, including, inter alia, protective measures, timely adjudication and effective access to such procedures.*

**Keywords:** *Violence against women. Criminal law. Probation. The suspension of all or part of a sentence.*

## REFERÊNCIAS

AA.VV., "Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo", coords.: Luis Arroyo Zapatero y otros, (Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003).

BACLINI, Jorge C., "Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. Ley N° 12.734", Tomo I – arts. 1 a 125-, (Rosario, Juris, 2010), pág. 133.

BALDIZZONE, Sebastián C., "Suspensión del juicio a prueba. Tesis restrictiva vs. tesis amplia", L.L. 2012-C, 463; LOPARDO, Mauro y ROVATTI, Pablo, "Violencia de género y suspensión del juicio a prueba. Contra los avances de la demagogia punitivista", DJ 11/09/2013, 1, Cita Online: AR/DOC/1657/2013. Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas CABA, 13/03/2012, en autos "Legajo de juicio en autos G., L. S.s/ infr. art. 149 bis CP", s. I., causa n° 38178-01-CC/2010,f, del voto de los jueces Marum y Vázquez.

CNCasPenal, Sala II, 07/12/2010, en autos "Ortega, René Vicente s/ recurso de casación", causa n° 13.245, reg. 17.700, voto del juez Yacobucci.

CNCasPenal, Sala II, 30/11/2010, en autos "Calle Aliaga, Marcelo s/ recurso de casación", causa n° 13.240, reg. 17.636, voto del juez García.

DE OLAZABAL, Julio, "Suspensión del proceso a prueba", (Buenos Aires,

Astrea, 1994), págs. 19/20.

ERBETTA, Daniel, FRANCESCHETTI, Gustavo y ORSO, Tomás, 'Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. Texto vigente según leyes 6740, 12734 y 12912, Análisis y comentario a la Ley de implementación Progresiva y artículos de la ley 12734 que entran en vigencia', (Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009), pág. 120.

FACIO, Alda, 'Con los lentes del género se ve otra justicia', en AA.VV., 'Otras miradas de la justicia. El otro derecho', número 28, "Bogotá, ILSA -Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2002), págs. 95/6.

FREELAND LOPEZ LECUBE, Alejandro y TAMINI, Adolfo, "¿Probation a la manera americana, a la europea o qué?", J.A. 1994-IV, 859.

HASSEMER, Winfried, "Persona, mundo y responsabilidad", trad. de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, (Colombia, Temis, 1999), págs. 15 y ss. Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Diccionario de Género. Incluye la Ley Provincial 12.569, <http://www.hcdiputados-ba.gov.ar/weboaci/files/diccionario.pdf> (consultada el 08/01/2015)

IRIBARREN, Pablo E., "Violencia de género y suspensión de juicio a prueba", DJ 24/12/2014, 21, Cita Online: AR/DOC/3677/2014.

JESCHECK, Hans – Heinrich, "Tratado de Derecho Penal, Parte General", 4<sup>o</sup> Edición, Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, (Granada, España, Editorial Comares – Granada, 1993), pág. 1.

LLERA, Carlos Enrique, "El no de la Corte a la probation en casos de violencia de género", L.L. 2013-E, 449.

LUZON PEÑA, Diego Manuel, "Curso de Derecho Penal, Parte general", tomo I, 1<sup>o</sup> edición, 1<sup>o</sup> reimpresión, (Madrid, Editorial Universitas S.A., 1999), pág. 79.

MEDINA, Juan J., "Violencia contra la mujer en la pareja", (Valencia, Tirant lo Blanch, 2002), pág. 377.

RODRIGO, Fernando M., "Estrategias de defensas para mujeres que responden a las agresiones de sus maltratadores", en Sup. Penal2013 (septiembre), 3 – L.L. 2013-E, 544.

SILVA SANCHEZ, Jesús María, "La expansión del Derecho Penal", 2<sup>o</sup> edición, (Madrid, Civitas, 2001), págs. 25 y VITALE, Gustavo L., "Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal", en AA.VV., "Teorías actuales en el Derecho Penal", (Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998), págs. 74/5.

# Towards a Comprehensive Prosecution Service in Ethiopia: Noting the New Developments<sup>1</sup>

*Leake Mekonen Tesfay<sup>2</sup>*

## **ABSTRACT**

Although Ethiopia's public prosecution is a recent development, continuous changes have been made since the first public prosecution department was established. While the prosecution service has been wavering between centralized prosecution department at times and specialized prosecution institutions in another, a new comprehensive prosecution department – the Federal Attorney General has been recently established in the federal government taking almost all prosecution powers to it. This article briefly reviews the historical development of the prosecution department, the ups and downs between centralized and specialized prosecution institutions and the new developments related to the establishment of the Federal Attorney General as a comprehensive prosecution institution.

**Keywords:** *Prosecution Service. Ethiopia. Comprehensive Prosecution Institution.*

---

<sup>1</sup> Data de recebimento: 04/11/2017. Data de aceite: 19/01/2018.

<sup>2</sup> Judge at the Federal First Instance Court of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa - Ethiopia; LL.B. (Hawassa University, Hawassa – Ethiopia, 2009) LL.M in Comparative Public Law and Good Governance (Ethiopian Civil Service University, Addis Ababa – Ethiopia, 2014); Former Public Prosecutor in the Ethiopian Revenues and Customs Authority (December 2009 - June 2016); E-mail: happyleake@gmail.com

## 1 INTRODUCTION

Ethiopia is a federation with nine regional states, and two city administrations answerable to the federal government.<sup>3</sup> Government power is divided between the federal government and the regional states<sup>4</sup>. Both the federal government and the regional states have their own respective legislative, executive and adjudicative powers.<sup>5</sup> According to the FDRE Constitution, there are powers - including the power of taxation - assigned exclusively to the federal government,<sup>6</sup> exclusively to the regional states<sup>7</sup> and concurrently to both the federal government and regional state.<sup>8</sup> Undesignated powers are given to states<sup>9</sup> except that undesignated taxation powers are to be decided and assigned by the joint session of the House of Peoples Representatives and the House of Federation<sup>10</sup>.

With respect to prosecution, the federal government and the regional governments have their own respective prosecution departments,

---

3 The nine regional states are the State of Tigray, the State of Afar, the State of Amhara, the State of Oromia, the State of Somalia, the State of Benishangul/Gumuz, the State of Southern Nations, Nationalities and Peoples, the State of Gambella Peoples and the State of Harari People. See Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia Proclamation No. 1/1995 (21st August 1995) 1st Year, No. 1 Federal Negarit Gazeta (Addis Ababa), Article 47, (hereinafter called, FDRE Constitution). And the two city administrations are the city of Addis Ababa and the city of Dire Dawa. While the FDRE Constitution in article 49 refers Addis Ababa as a Capital City, its administration answerable to the federal government, the city administration charter which is proclaimed by the House of Peoples Representatives provides that its administration is answerable both to the federal government and the residents of the city. See Addis Ababa City Government Revised Charter Proclamation No. 361/2003 (24th July 2003) 9th Year, No. 86 Federal Negarit Gazeta (Addis Ababa), Article 17(1). The City of Dire Dawa is, similarly, administered as a federal city with a charter proclaimed by the House of Peoples Representatives, its administration accountable to the federal government and the residents of the city. See The Dire Dawa Administration Charter Proclamation No. 416/2004 (30th July 2004) 10th Year, No. 60 Federal Negarit Gazeta (Addis Ababa), Article 15(1).

4 FDRE Constitution, Article 50(1).

5 *Id.*, Article 50(2).

6, *Id.*, Article 51, 55 and 96.

7 *Id.*, Article 52(2) and 97.

8 *Id.*, Article 51 and 55 cum 52(2) and 98.

9 *Id.*, Article 52(1).

10 *Id.*, Article 99. The House of Peoples Representatives (also called the lower house) is the legislative council, members of which act as the representatives of the Ethiopian people as a whole. And, the House of Federation (also called the upper house) is a house in which Nations, Nationalities and Peoples are represented at least by one with one additional representative for each additional one million people. See FDRE Constitution, *supra* note 1, Article 54(4), 61(1) and (2).

within their executive branch of government. The prosecution at the level of the federal government was distributed in different institutions with specialized prosecution powers.<sup>11</sup> Some of the regional states also seem to have followed the experience of the federal government and have developed the system of different specialized prosecution institutions.<sup>12</sup> Recently, however, with a view to have a comprehensive prosecution department at the level of the federal government, there is a new law proclaimed to establish the Federal Attorney General,<sup>13</sup> bringing almost all the prosecutorial works in to one government organ. This article reviews the new developments resulting from the enactment of the new law in brief. The discussion in this article is limited to the prosecution department at the level of the federal government for two reasons. First, studying the prosecution services in the regional states requires a separate study of itself for want of time and resources. And second, it is the federal government that has taken the lead in enacting a new law establishing a comprehensive prosecution service and whether the regional states will share and follow this experience is to be seen yet.

This article is arranged in four parts. The first part shortly narrates the historical developments of prosecutorial works in Ethiopia from ancient to recent times. This part highlights from the time where prosecution was left to be the private task of the crime victim or her/his representative to the time where prosecution begun to be a public

---

11 As we will see below, the institutions with power of prosecution were the Special Prosecutor's Office which was established during the time of the Transitional Government of Ethiopia (TGE), the Ministry of Justice, the Ethiopian Revenues and Customs Authority, the Ethics and Anti-Corruption Commission and the Trade Practice and Customers Protection Authority.

12 For example, the States of Tigray, Amhara and Oromia has established their respective Revenue Development Authorities with special prosecution power related to tax felonies. See The National Regional State of Tigray Revenue Development Authority Reestablishment and Determination of its Powers and Duties Proclamation No. 210/2011 (2003 E.C.(2011)) 18th Year, No. 26 (Tigray Negarit Gazeta) (Mekelle), Article 6(14) and 7(1)(c); A Proclamation to Provide for the Reestablishment and Arrangement of Powers and Duties of the Amhara National Regional State Revenue's Authority Proclamation No.168/2010 (7th May 2010) 15th Year No. 4 Zikre Hig Of the Council of the Amhara National Regional State in the Federal Democratic Republic of Ethiopia (Bahir Dar), Article 6(2)(g) and 7(1)(c); and Proclamation to Provide for the Establishment of the Oromia National Regional State Revenue Authority Proclamation No. 175/2012 (November 30, 2012) 21st Year, No. 1/2012 Megeleta Oromia (Finfine), Article 7(3) and 8(2).

13 Federal Attorney General Establishment Proclamation No. 943/2016 (2nd May 2016) 22nd Year, No. 62 Federal Negarit Gazeta (Addis Ababa), (hereinafter called, Proc. No. 943/2016).

concern with prosecution department established as a government organ. The second part assesses the continuous changes made to the organization and administration of the prosecution. This part discusses the era of centralized prosecution service, the era of specialized prosecution, and the way towards the establishment of the Federal Attorney General as a new development creating a comprehensive prosecution department – bringing the legacy of centralized prosecution service back. The third part examines the important provisions of the new law with respect to the organization and administration of the prosecution; the role, powers and functions of the prosecution; specialization within the prosecution; decisional independence and accountability of prosecutors; and rights, benefits and protections given to prosecutors. And the fourth part puts concluding remarks. What has to be clear from the outset is that as the study of practices needs time and resources, this article is limited to only the thematic assessment of the legal provisions, this being the main limitation of the study. Practical concerns with respect to prosecutorial works in Ethiopia are untapped areas for those who are interested to undergo their research in relation to prosecution services.

## **2 HISTORICAL OVERVIEW OF PUBLIC PROSECUTION IN ETHIOPIA: ANCIENT TO RECENT**

Although Ethiopia is an ancient country with its own ancient legal system, the development public prosecution is of recent origin in Ethiopia.<sup>14</sup> Founded on the provisions of Feteha Negest - an ancient source of laws in Ethiopia - prosecution was left to be a private task, in which the injured party, his relatives or representatives may compromise with the defendant to either set the defendant free after collecting blood money - i.e. compensation - or inflict the punishment

---

<sup>14</sup> For more on ancient legal system and prosecution in Ethiopia, see Andargatchew Tesfaye (2004), *The Crime Problem and its Correction*, Vol. II (Addis Ababa: Addis Ababa University Press), p. 62, (hereinafter called, Andargatchew Tesfaye).

decided by a judge or community elders.<sup>15</sup> The first codified criminal code was enacted in 1930, and prosecution continues to be a private task even after that because the 1930 penal code did not provide for the establishment of public prosecution office.<sup>16</sup>

The first office of public prosecution was established during the reign of Emperor Hailelassie, in 1942 with a proclamation empowering the Ministry of Justice to appoint the Advocate General (head of the prosecution office), Deputy Advocate General (deputy head of the prosecution office) and all other public prosecutors.<sup>17</sup> A change was made in 1952 with Proc. No. 123/1952 and the power to appoint the Advocate General and Deputy Advocate General was overtaken by the Emperor himself.<sup>18</sup>

When Emperor Hailelassie was ousted and state power was taken by the Provisional Military Administrative Council - the Dergue - and after years of shadows, the prosecution office was established in 1987 according to a proclamation - Proc. No. 11/1987 - which establishes the Prosecutorial Office of the People's Democratic Republic of Ethiopia, which replaces the former office of the Attorney General.<sup>19</sup> The Prosecutorial Office was established as an autonomous state organ no more under the control of the Ministry of Justice and it comprised the Office of Prosecutor General, the Office of Military Prosecutor, the Office of Regional Prosecutor and Office of Provincial Prosecutor.<sup>20</sup> The Prosecutor General was elected by the National Shengo - the

---

15 *Id.*, p. 63.

16 *Id.*, p. 64. What is interesting here is that private prosecution has continued as one element of the criminal justice system in contemporary Ethiopia. In cases where the public prosecutor decides not to institute a criminal charge, s/he is required to send the copy of his/her decision to the appropriate persons who are empowered to conduct a private prosecution with an authorization to conduct a private prosecution, in cases of crimes punishable upon private complaint. In such like cases which are punishable upon private complaint, "the injured party or his legal representative"; or "the husband or wife on behalf of the spouse"; or "the legal representative of an incapable person"; or "the attorney of a body corporate" can institute a criminal charge and conduct a private prosecution. See Criminal Procedure Code of Ethiopia, Imperial Ethiopian Government Proc. No. 185 of 1961 (2nd Nov. 1961) 32nd Year, extra ordinary issue No. 1 *Negarit Gazeta* (Addis Ababa), Article 42(1)(a)-(d), 43(2), 44(1) and 47(a)-(d) (hereinafter called Criminal Procedure Code).

17 Andargatchew Tesfaye, *supra* note 12, p. 64.

18 *Ibid.*

19 *Id.*, p. 69.

20 *Ibid.*

legislative council - up on the recommendation of the President of the Republic and, was accountable to the National Shengo, when the Shengo was in session and, between sessions the Prosecutor General was accountable to the State Council - the executive council - and the President.<sup>21</sup> The Prosecutorial Office was given extensive powers. It was empowered, *inter alia*, to ensure that laws were correctly and uniformly enforced, to protect the rights and freedoms of citizens and, to follow up the legality of court decisions and even recommend the stay of execution of court decisions where it believed that the enforcement of such decisions or orders would cause irreparable damages.<sup>22</sup>

Most part of the Dergue era was of civil war in Ethiopia and, the Dergue - which led the country with the power of gun and bullet for 17 years - was ousted in May 1991 by coalition of insurgents - the Ethiopian People's Revolutionary Democratic Front (EPRDF). When the EPRDF took state power and after a year and half time of no formal prosecution office, Proc. No. 39 was enacted in January 1993 to establish the Office of the Attorney General which was comprising the Central Office of the Attorney General, Office of the Central Regional Attorney General, the Office of the Central Zonal Attorney and other Offices of the Central Attorney, to be established as in need<sup>23</sup> by the then Transitional Government of Ethiopia.<sup>24</sup> A quick change was made with Proc. No. 73/1993 and the prosecution office was merged again to be within the Ministry of Justice.<sup>25</sup> After the transition period was over and the Federal Democratic Republic of Ethiopia was established, the prosecution continues to be part of the Ministry of Justice and the Ministry of Justice was entrusted with

---

21 *Id.*, p. 70.

22 The follow up of legality of court decisions by and stay of execution of court decisions upon the recommendation of the prosecution office might be considered as an empowerment of the prosecution department on the one hand, but this, seen on the other side, undermines the independence of the judiciary.

23 Andargatchew Tesfaye, *supra* note 12, p. 74.

24 The Transitional Government of Ethiopia (TGE) was planned to be for a two years period, but it was extended to cover a four years time from 1991, when the EPRDF took state power having overthrown the Dergue to 1995, when the FDRE Constitution came in to force. This may be due to political realities.

25 Andargatchew Tesfaye, *supra* note 12, p. 77.

the power and duty to “represent the Federal Government in criminal cases falling under the jurisdiction of the Federal Courts.”<sup>26</sup>

What is not to forget at the time of Transitional Government of Ethiopia (TGE) is that there was especially established Special Public Prosecutor’s Office according to Proc. No. 22/1992 - i.e. prior to the establishment of the Office of the Attorney General.<sup>27</sup> The Special Public Prosecutor’s Office was specially and mainly established to deal with the cases of prosecuting the officials of the Deruge regime which were prosecuted for red terror crimes.<sup>28</sup>

### **3 CONTINUOUS CHANGE IN THE PROSECUTION: THE BACKGROUND FOR THE ESTABLISHMENT OF FEDERAL ATTORNEY GENERAL**

#### **3.1 Specialized Prosecution Powers: The Era Before Centralization**

After the time for the Transitional Government of Ethiopia (TGE) was over and the Federal Democratic Republic of Ethiopia was established, the executive organs of the federal government were reorganized and their powers and duties re-determined.<sup>29</sup> The prosecution, as already said above, continues to be part of the Ministry of Justice and the Ministry of Justice was entrusted with the power and duty to

---

26 Definition of Powers and Duties of the Executive Organs of the Federal Democratic Republic of Ethiopia Proclamation No. 4/1995 (23rd August 1995) 1st Year, No. 4 Federal Negarit Gazeta (Addis Abba), Article 23(2), (hereinafter called Proc. No. 4/1995).

27 Andargatchew Tesfaye, *supra* note 12, p. 77.

28 *Ibid.* The Dergue officials were prosecuted for crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes of murder and rape, the abuse of power and various crimes and convicted for violations of various pre-existing provisions of the 1957 Penal Code. The Special Prosecutor’s Office was established specially for this and unlike the regular prosecution which was under (within) the Ministry of Justice, the Special Prosecutor’s Office was answerable to the Prime Minister. See Tiba FK (2011), “The Trial of Mengistu and Other Derg Members for Genocide, Torture and Summary Executions in Ethiopia” in *Prosecuting International Crimes in Africa*, (Pretoria, South Africa: Pretoria University Law Press PULP), pp.163-184; Hannah Tsadik (2007), *Prosecuting the Past: Affecting the Future? A Sida Minor Field Study of the Ethiopian Transitional Justice Trials* (Department of Peace and Conflict Research, Uppsala University, Summer 2007), pp. 16-43.

29 Proc. No. 4/1995, *supra* note 24.

“represent the Federal Government in criminal cases falling under the jurisdiction of the Federal Courts.”<sup>30</sup> The Ministry of Justice retained its prosecutorial powers even after the powers and duties of the executive organs of the federal government were reorganized through the passage of time.<sup>31</sup> However, other government departments with special prosecution powers were established later, taking part of the prosecutorial powers away from the Ministry of Justice.

The Federal Ethics and Anti-Corruption Commission was reestablished in 2005 to be the first of its kind taking the prosecutorial powers on matters related to corruption cases.<sup>32</sup> It was empowered to investigate and prosecute any alleged or suspected corruption committed by public officials or public employees or other persons in Public Offices in the federal government or Public Enterprises, or in the Regional offices relating to subsidies granted by the Federal Government to the Regions.<sup>33</sup> For the accomplishment of its duties, it was provided in the law that the Commission’s prosecution shall be organized and structured in such a way that ensures its professional independence.<sup>34</sup> Reestablishing the commission with the power of prosecution was, at least ideally, necessitated to enable the commission to effectively fight corruption and impropriety through investigation and prosecution as part of the national commitment to combat corruption.<sup>35</sup>

The Ethiopian Revenues and Customs Authority become the second government agency with power of prosecution on crimes against

---

30 *Id.*, Article 23(2).

31 Reorganization of the Executive Organs of the Federal Democratic Republic of Ethiopia Proclamation No. 256/2001 (12th October 2001) *gilt Year*, No. 2 Federal Negarit Gazeta (Addis Ababa), Article 15.

32 Revised Federal Ethics and Anti-Corruption Commission Establishment, Proclamation No. 433/2005 (2nd February 2005) 11th Year, No. 18 Federal Negarti Gazeta (Addis Ababa), (hereinafter called Proc. No. 433/2005) (now repealed) (hereinafter called Proc. No. 433/2005). The Federal Ethics and Anti-Corrupt Andargatchew Tesfaye (2004), *The Crime Problem and its Correction*, Vol. II (Addis Ababa: Addis Ababa University Press) Commission was first established in 2001, but with no prosecution powers. See Federal Ethics and Anti-Corruption Commission Establishment Proclamation No. 235/2001 (24th May 2001) 7th Year, No. 23 (Addis Ababa) (now repealed)

33 Proc. No. 433/2005, *Id.*, Article 7(4) and 23.

34 *Id.*, Article 11.

35 *Id.*, see the third paragraph of the preamble.

government revenues. It was empowered to investigate customs and tax offences, to institute and follow up criminal proceedings in courts and for the discharge of such responsibilities, to organize its own prosecution and investigation units and supervise their performance.<sup>36</sup> The Ethiopian Revenues and Customs Authority was established as a merger of three government offices: the Ministry of Revenues, Ethiopian Customs Authority and Federal Inland Revenues Authority for the similarity of the powers and duties they were entrusted with, and resource utilization and organizational arrangement.<sup>37</sup> The Ethiopian tax system has undergone continuous improvements as modernization campaigns since the 1990s.<sup>38</sup> As continuity for the massive reforms in the tax system, the establishment of the Ethiopian Revenues and Customs Authority (ERCA) with investigation and prosecution powers was considered as adding strength to the tax administration system.<sup>39</sup>

The prosecutorial power of the Ministry of Justice continuing to diminish, the Trade Competition and Customers Protection Authority was established with prosecution power on crimes committed against trade completion and consumer protections.<sup>40</sup> Now, things are changed and the Federal Attorney General has come up with comprehensive prosecution power taking almost all the prosecution powers of all the government organs with special prosecution powers to it.<sup>41</sup>

---

36 Ethiopian Revenues and Customs Authority Establishment Proclamation No. 587/2008 (14th July 2008) 14th Year, No 44 Federal Negarit Gazeta (Addis Ababa), Article 6(10) and 16(1)-(2).

37 *Id.*, see the 2nd paragraph of the preamble.

38 For the tax reforms from 1990-2007, see Alemayehu Geda, "Taxes and Tax Reform in Ethiopia (1990-2007)" in Alemayehu Geda (2011), *Readings on the Ethiopian Economy* (Addis Ababa: Addis Ababa University Press), pp. 188-204.

39 For the reforms in tax administration, see Tadesse Lencho (2011), "The Ethiopian Tax System: Cutting through the Labyrinth and Padding the Gaps" 25 J. Eth. L. No.1, pp. 78-83.

40 Trade Competition and Consumers Protection Proclamation No. 813/2013 (21st March 2014) 20th Year, No. 28 Federal Negarit Gazeta (Addis Ababa), Article 37(1)(b). This proclamation provides for market to be competitive and anti-competitive trade practices are prohibited, and that consumers have protections against defects in goods and services they purchase. Violations against these provisions are punishable and the prosecutorial power on these matters was given to the Trade Competition and Consumers Protection Authority, though short lived.

41 Proc. No. 943/2016, *supra* note 11. All the powers and duties of the Ministry of Justice, all the powers, rights duties of and the Special Prosecutor's Office, the prosecutorial powers which were given to Federal Ethics and Anti-Corruption Commission, to the Ethiopian Revenues and Customs Authority and to the Trade Practice and Consumers Protection Authority are now transferred to the Federal Attorney General.

A special prosecution institution still running, not to forget, is the prosecution of military offences by public prosecutors assigned from within the military personnel. In cases of military offences which are to be decided by military courts, it is provided that after due investigation is conducted and if it is found necessary to institute a criminal charge, a public prosecutor is to be assigned to follow the case.<sup>42</sup> The newly established Federal Attorney General did not take the prosecutorial powers in such cases of military offences and this shows that prosecution of military offences continues to be within the military personnel.

### **3.2 Towards a Comprehensive Prosecution: The Need for**

We have seen above that there were government departments with special prosecution power on specific matters but, now the Federal Attorney General has been established with comprehensive prosecutorial power. What justifies doing away with the special prosecution institutions and establishing the Federal Attorney General? One can collect some of the justifications from the preamble of Proc. No. 943/2016,<sup>43</sup> and three basic points can be mentioned.

First, the establishment of the Federal Attorney General was necessary for the purpose of uniformity, effectiveness and efficiency in the prosecution service to protect public interest.<sup>44</sup> It is understood that the goals of uniformity, effectiveness and efficiency are to be achieved if a comprehensive and strong prosecution institution is established.<sup>45</sup> Second, it is understood that the establishment of the Federal Attorney General contributes for the prevalence of the rule of

---

See Article 22. What is to be noted here is that since all the powers and duties of the Ministry of Justice and Special Prosecutor's Office have been transferred to the Federal Attorney General, the Ministry of Justice and Special Prosecutor's Office have ceased to exist as government organs.

42 Defence Forces Proclamation No. 27/1996 (15th February 1996) 2nd Year, No. 15 Federal Negarit Gazette (Addis Ababa) (as amended), Article 33(3).

43 Proc. No. 943/2016, *supra* note 11, see preamble.

44 *Id.*, see the first paragraph of the preamble.

45 *Ibid.*

law.<sup>46</sup> The Federal Attorney General is believed to contribute for the rule of law to be sustained by enforcing laws properly and making sure that laws are organized and enforced properly and government works are conducted properly according to the laws.<sup>47</sup> And third, the establishment of the Federal Attorney General is necessitated in order to organize a prosecution institution with professional and institutional independence and public accountability.<sup>48</sup> To this end the Federal Attorney General is expected to work in a transparent and participatory manner.<sup>49</sup>

## **4 THE FEDERAL ATTORNEY GENERAL: ITS ORGANIZATION, ROLES AND FUNCTIONING**

### **4.1 Organization and Administration of the Prosecution and Prosecutors**

The Federal Attorney General is established as an autonomous federal government ministerial office accountable to the Prime Minister and the Council of Ministers, its head office in Addis Ababa - in the federal capital city - and with possibility to establish branch offices throughout the country as it may think fit.<sup>50</sup> It is organized having an Attorney General appointed by the House of Peoples Representatives up on recommendation by the Prime Minister, and Deputy Attorney Generals appointed by the Prime Minister,<sup>51</sup> line divisions<sup>52</sup> necessary for its work, Management Committee,<sup>53</sup> Federal Public Prosecutors Administration Council,<sup>54</sup> public prosecu-

---

46 Id., see the second paragraph of the preamble.

47 Ibid.

48 Id., see the third paragraph of the preamble.

49 Ibid.

50 Id., Article 3 and 4.

51 Id., Article 7(1).

52 Id., 7(2).

53 Id., Article 7(3).

54 Id., Article 7(4).

tors appointed by the Attorney General upon the recommendation by the Public Prosecutors Administration Council<sup>55</sup> and necessary staff.<sup>56</sup> The Attorney General is the head of the prosecution and s/he leads professionally and in accordance with law.<sup>57</sup> Specifically, s/he is empowered, *enter alia*, to exercise the powers and duties of the Federal Attorney General;<sup>58</sup> appoint, administer and dismiss public prosecutors in accordance with the regulation issued by the Council of Ministers;<sup>59</sup> revoke, change, modify, suspend or approve the decision of Deputy Attorney Generals or refer the case for re-examination or revision by the one that has given the decision;<sup>60</sup> and represent the Federal Attorney General in its dealings with third parties.<sup>61</sup> Moreover, the Attorney General can delegate part of his/her powers to relevant organs as is found necessary for effectiveness and efficiency in performance.<sup>62</sup> The Federal Attorney General has also Deputy Attorney Generals to assist the Attorney General in his functions and lead the line divisions to which they are assigned.<sup>63</sup> The Attorney General and Deputy Attorney Generals can be removed from their positions by the Prime Minister.<sup>64</sup>

The Federal Attorney General is financed by a budget allocated to it by the Government<sup>65</sup> and it is required to keep complete books of account which are to be audited annually by the Auditor General.<sup>66</sup>

The administration of public prosecutors is to be determined by

---

55 *Id.*, Article 7(5).

56 *Id.*, Article 7(6).

57 *Id.*, Article 8(1).

58 *Id.*, Article 8(2)(a).

59 *Id.*, Article 8(2)(d).

60 *Id.*, Article 8(2)(e).

61 *Id.*, Article (2)(j).

62 *Id.*, Article 8(3).

63 *Id.*, Article 9. Currently, there are two Deputy Attorney Generals: the Litigation Affairs Deputy Attorney General who leads litigations of both civil and criminal matters and the Administrative and Legal Affairs Deputy Attorney General who is assigned to lead issues related administrative matters. Mebrihi Brhane, Senior Public Prosecutor in the Federal Attorney General, personal talks, 22 October 2017

64 Proc. No. 943/2016, *supra* note 11, Article 10.

65 *Id.*, Article 14.

66 *Id.*, Article 15 (1) and (2).

regulations to be issued by the Council of Ministers.<sup>67</sup> And, the proclamation has stipulated for basic principles on which the administration of public prosecutors is to base. These guiding principles are related to recruitment and appointment and internal administration of prosecutors. Appointment of public prosecutors is required to be based, *inter alia*, on obedience to and belief in the Constitution, Constitutional order and rule of law;<sup>68</sup> sense of public service;<sup>69</sup> balanced representation of Nations, Nationalities and Peoples of Ethiopia;<sup>70</sup> Ethiopian nationality;<sup>71</sup> having law education and skill necessary for prosecution work;<sup>72</sup> successful completion of pre-service training given for the sector;<sup>73</sup> and impartiality from conditions that may influence decision making of public prosecutors.<sup>74</sup>

In the internal administration of public prosecutors, the superior and subordinate relationship between public prosecutors are required to be based on systems laid down by considering cooperation and support, work legality, ensuring efficiency, knowledge and skill sharing.<sup>75</sup> Promotion, demotion, salary and benefits of public prosecutors are required to be determined based on performance, effectiveness and ethical condition.<sup>76</sup> The internal transfer of public prosecutors are to be decided based on the work, personal conditions, impartiality and choice of the public prosecutors.<sup>77</sup> Moreover, the provision of privileges for education, training and conference participation of public prosecutors are required to be decided based on the closeness to the public prosecutor's position and work, performance, composition of nationality, sex and disability, contribution for the enforcement of

---

67 *Id.*, Article 11(1).

68 *Id.*, Article 11(2)(a).

69 *Id.*, Article 11(2)(b).

70 *Id.*, Article 11(2)(c).

71 *Id.*, Article 11(2)(d).

72 *Id.*, Article 11(2)(f).

73 *Id.*, Article 11(2)(g).

74 *Id.*, Article 11(2)(i).

75 *Id.*, Article 11(3)(d).

76 *Id.*, Article 11(3)(e).

77 *Id.*, Article 11(3)(f).

the powers and duties of the Federal Attorney General, contribution for effective and efficient service provision, and knowledge and skill value addition to the trainee.<sup>78</sup> And, termination of service of public prosecutors is to be decided based on a system that is put in place by considering low performance, ethical violation, medical condition, wish and retirement.<sup>79</sup>

The details of the regulations for the administration of public prosecutors are to be issued by the Council of Ministers yet. The duty to prepare a draft regulation that includes public prosecutors appointment, transfer, leave, service period, position, ethics, organization, structure, salary, benefits and similar matters is vested to a body called Federal Public Prosecutors Administration Council, which is established according to the proclamation, accountable to the Attorney General and its members working procedure are to be determined by a regulation to be issued by the Council of Ministers.<sup>80</sup> Before the establishment of the Federal Attorney General, there was a regulation issued by the Council of Ministers for the administration of federal public prosecutors according to prior laws.<sup>81</sup> Although the new proclamation has not made a specific reference to this regulation, it is provided that regulations, directives and manuals issued before the coming in to force of the new proclamation establishing the Federal Attorney General and relevant for the enforcement of the powers and duties of the public prosecution are applicable until replaced with new ones.<sup>82</sup> Therefore, the existing regulation will continue to be in force being its substitution with a new enactment.

---

78 *Id.*, Article 11(3)(g).

79 *Id.*, Article 11(3)(i).

80 *Id.*, Article 12(1) and (2).

81 Federal Prosecutor Administration Council of Ministers Regulations No. 44/1997 (20th Nov. 1998) 5th Year, No. 8 Federal Negarit Gazeta (Addis Ababa)

82 Proc. No. 943/2016, *supra* note 11, Article 25(1).

## **4.2 The Role, Powers and Functions of the Prosecution: Prosecution and Beyond**

The Federal Attorney General has general objectives of respecting and enforcing the constitution and the constitutional order;<sup>83</sup> ensuring rule of law;<sup>84</sup> enforcing criminal law;<sup>85</sup> and enforcing civil interest of the Federal Government and the public.<sup>86</sup> To achieve its objectives, it has been entrusted with extensive powers. The Federal Attorney General has the powers and duties to prepare criminal justice policy by coordinating relevant bodies and coordinate, follow up and ensure its implementation when adopted.<sup>87</sup> It works as principal representative and legal advisor of the federal government.<sup>88</sup> Its powers and duties range from issues related to prosecution in criminal matters and beyond. It has powers with respect to criminal matters, civil matters, legal research and drafting, and respect for human rights.

With respect to criminal matters, it has, save the powers of the police regarding criminal investigation, the power to cause the investigation of crimes falling in the criminal jurisdiction of federal courts, to order the discontinuation and restart of discontinued criminal investigation.<sup>89</sup> It also has the powers, *enter alia*, to review complete investigation files and decide “no case” according to the provisions of the criminal procedure code;<sup>90</sup> to determine guilty plea, to conduct plea bargaining and alternative actions to be taken;<sup>91</sup> and to institute criminal charges.<sup>92</sup>

With respect to civil matters, it represents the federal government

---

83 *Id.*, Article 5(1).

84 *Id.*, Article 5(2).

85 *Id.*, Article 5(3).

86 *Id.*, Article 5(4).

87 *Id.*, Article 6(1).

88 *Id.*, Article 6(2).

89 *Id.*, Article 6(3)(a).

90 *Id.*, Article 6(3)(c). Public prosecutors can decide “no case” or “close investigation files” according to Article 42 and 43 of the Criminal Procedure Code; see Criminal Procedure Code, *supra* note 14, Article 42 and 43.

91 Proc. No. 943/2016, *supra* note 11, Article 6(3)(d).

92 *Id.*, Article 6(3)(e).

and federal government agencies in civil litigations and gives decision for the settlement of disputes between federal government agencies in court or out of court in alternative dispute settlement mechanisms and follows the enforcement of such decision, and it represents the Ethiopian Government in international judicial and quasi-judicial bodies.<sup>93</sup> An important power and duty of the Federal Attorney General in civil cases is that it has the power and duty to represent citizens who do not have financial capacity to institute civil actions in litigations especially women, children and the disabled, and victims of crimes who do not have financial means in litigations for compensation for damages emanating from such crimes.<sup>94</sup>

With respect to legal drafting the Federal Attorney General prepares drafts of laws to be promulgated by the federal government, undertake legal reform studies and ensures that international agreements to be signed or adopted by Ethiopia are consistent with the Constitution and other laws and are acceptable in view of Ethiopia's national interest.<sup>95</sup> And with respect to legal research and training, it undertakes legal researches for the implementation of its tasks; it establishes a system for the collection, organization, analysis and dissemination of information regarding the criminal justice system; and it provides continuous training and education for its public prosecutors.<sup>96</sup>

For human rights to be respected, the Federal Attorney General is required to design strategy for the provision of free legal aid, prepare national human rights action plan together with the concerned bodies and pay a visit to persons in custody and take measures against those found to have transgressed the law in violation of human rights.<sup>97</sup>

---

93 *Id.*, Article 6(4)(a)-(d) and (g).

94 *Id.*, Article 6(4)(e) and (f).

95 *Id.*, Article 6(5)(a)-(c).

96 *Id.*, Article 6(9)(a)-(c).

97 *Id.*, Article 6(8)(a)-(c).

### **4.3 Independence, Impartiality, Protection and Accountability of the Prosecution and Prosecutors**

The Federal Attorney General, as already said above, institutionally is accountable to the Prime Minister and Council of Ministers,<sup>98</sup> and the Attorney General and Deputy Attorney General can be removed from their position by the Prime Minister.<sup>99</sup> From this, one cannot safely say that the Federal Attorney General is institutionally sufficiently independent; it rather is within and under the control of the executive.<sup>100</sup> Individual prosecutors, however, are professionally independent. It is provided that public prosecutors are free to decide based on law without interference.<sup>101</sup> The independence of public prosecutors extends to their protection from any direct or indirect harm related to their prosecutorial works.<sup>102</sup> And, the Federal Attorney General institutionally and public prosecutors individually are not liable for damages resulting from their acts in due performance of their duty.<sup>103</sup> However, while these protections and rights given to public prosecutors are promising, there are no provisions for public prosecutors' right to association and expression, and the silence of the law in this respect can be viewed as a limitation on public prosecutors' rights.<sup>104</sup>

---

98 Id., Article 3(2).

99 Id., Article 10.

100 There are no international principles to safeguard the institutional independence of the prosecution department; rather the prosecution department is viewed to be with a duty to receive certain orders from the Government. However, states are required to make sure that individual prosecutors conduct their duty in an impartial and objective way. See José Zeitune (2004), *International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors: A Practitioners' Guide*, (Geneva: ICJ), pp. 70-71. (hereinafter called José Zeitune)

101 Proc. No. 943/2016, supra note 11, Article 16(1).

102 Id., Article 11(3)(h).

103 Id., Article 16(3).

104 Public prosecutors' right to association is fundamental. See José Zeitune, supra note 98, p. 73. The right to association is generally provided for in the FDRE Constitution (see FDRE Constitution, supra note 1, Article 31). Moreover, the FDRE Constitution has especially provided that Government employees who are entitled to the right to form associations and trade unions including the right to strike are to be specified in a subordinate legislation. (see FDRE Constitution, supra note 1, Article 42(1)(c)). However, though it is more than two decades since the adoption of the FDER Constitution, so far there is no law promulgated to provide for the details of Government employees' right to association. The absence of detailed provisions in subordinate laws has created a misunderstanding that Government employees,

As to accountability, there is a system provided for by which the Federal Attorney General institutionally and the public prosecutors individually are to be held accountable. The Federal Attorney General institutionally is required to ensure that its works ensure public accountability and public participation.<sup>105</sup> To this end it is required to prepare a public forum quarterly in which selected representatives of community organizations, business and charity organizations and associations, law schools of higher education institutions, individuals and other stakeholders participate.<sup>106</sup> Though the criteria for the selection of forum participants are in the fogs, such public forums are expected to discuss plans, strategies and gaps in the performance of the Federal Attorney General to help it rectify its problems.<sup>107</sup>

Similarly, the professional independence of public prosecutors does not mean that public prosecutors are not accountable in their prosecutorial works. Public prosecutors are accountable to their superior and division heads and are also legally accountable for defects in their work performance and ethics.<sup>108</sup> We have said above that internal administration of public prosecutors (issues including recruitment, promotion, education and training and termination of service) is to be determined based on a system set in advance.<sup>109</sup> We understand from this that the law has provided the basics of how are public prosecutors to be held accountable for their work based on a pre-established system of law. This is expected to effectively rectify certain previous problems in the administration of public prosecutors by establishing a systemic balance between independence and accountability of public prosecutors. A big blow against professional

---

the case of public prosecutors included, are not entitled to form associations and trade unions. That is why so far there are no professional associations of judges, public prosecutors and other Government employees in Ethiopia. For a deep analysis with respect to Government employees' right to form trade unions, see Desset Abebe Teferi, "Trade Union Rights of Government Employees in Ethiopia: Long Overdue!" in Ethiopian Journal of Human Rights, Vol. I., March 2013, pp. 109-149.

105 Proc. No. 943/2016, supra note 11, Article 13(1).

106 Id., Article 13(2) (a)-(e).

107 Id., Article 13(3) and (4).

108 Id., Article 17(2) and (3).

109 See the discussion about the internal administration of public prosecutors in 3.1 above.

independence and job security of public prosecutors previously was a directive issued by the Ethiopian Revenues and Customs Authority which entitles the Director General to summarily dismiss a public prosecutor whom he suspected of corruption and against whom he losses confidence without following any legal or disciplinary procedures. It was provided in the directive also that any public prosecutor dismissed in summary losses her/his job security and cannot be returned to his/her work by the order of any court.<sup>110</sup>

What can a counter argument be at this juncture is that so long as the regulations, directives and manuals issued prior to the establishment of the Federal Attorney General are applicable pending their substitution with new ones, as we have seen above,<sup>111</sup> the problem of summary dismissal of public prosecutors is not rectified by the establishment of the Federal Attorney General with professional independence of public prosecutors. However, the proclamation has provided for the professional independence of public prosecutors and for disciplinary measures to be taken based on pre-established system, not on summary. It is also provided that any law which contravenes the proclamation is not applicable on matters covered by the new proclamation.<sup>112</sup> Hence the problem of summary dismissal of public prosecutors cannot continue to be a threat against their professional autonomy.

A concern still however against decisional independence of public prosecutors is the prosecution of military offences by prosecutors assigned from within the military personnel. As said above,<sup>113</sup> the prosecution of military offences is given to persons to be assigned from within the military. This may be considered as a compromise

---

110 For a discussion about this, see Leake Mekonen Tesfay, "Job Insecurity of Public Prosecutors in the Ethiopian Revenues and Customs Authority in Light of Human Rights Instruments", academic paper <[www.academia.edu/5851592/Job-Insecurity-of-Public-Prosecutors-in-the-Ethiopian-Revenues-and-Customs-Authority-in-Light-of-Human-Rights-Instruments](http://www.academia.edu/5851592/Job-Insecurity-of-Public-Prosecutors-in-the-Ethiopian-Revenues-and-Customs-Authority-in-Light-of-Human-Rights-Instruments)>

111 See the last paragraph of the discussion in 3.1 above.

112 Proc. No. 943/2016, supra note 11, Article 26(2).

113 See the last paragraph of the discussion in 2.1 above.

against objectivity and independence of public prosecutors, and need reconsideration in the future.<sup>114</sup>

#### 4.4 Specialization Within the Prosecution Service

For the reason that technological developments and sophistication of life have created complex types of crimes, states are advised to create specialized units in the prosecution to concentrate on the investigation and prosecution of certain crimes.<sup>115</sup> “Specialization of prosecution services may also involve concentrating particular types of cases in one prosecution office in order to ensure that prosecutors have physical protection and are free from external pressures.”<sup>116</sup> The Federal Attorney General, having accepted the advantages of specialized public prosecution service, similarly has established specialized prosecution units. We have seen above that there are two Deputy Attorney Generals: the Litigation Affairs Deputy Attorney General and the Administrative and Legal Affairs Deputy Attorney General.<sup>117</sup>

Beneath the Litigation Affairs Deputy Attorney General, there are five directorates led by a director: the Civil Justice Administration Directorate which follows issues related to civil litigation; the Anti-Corruption Directorate which follows issues related to corruption crimes; the Economic Offences Directorate which follows issues related to economic offences such as tax evasion, contraband, customs fraud and the like; the Organized, Cross Boarder and Nationally Harmful Crimes Directorate which follows issues related to terrorism and money laundering; and the Miscellaneous Crimes Directorate

---

114 The placement of public prosecutors in military bases and the working of public prosecutors in cooperation with military authorities, and the working of police prosecutors is viewed as a compromise against the objectivity and independence of public prosecutors. See Inter-American Commission of Human Rights, cited in José Zeitune, *supra* note 98, p. 71; and United Nations (2014), *The Status and Role of Prosecutors: A United Nations Office on Drugs and Crime and International Association of Prosecutors Guide*, (New York: United Nations), p. 12, (hereinafter called UNODC and IAP Guide).

115 For a discussion about specialization in prosecutions, see UNODC and IAP Guide, *id.*, pp. 19-21. 116 *Id.*, p. 21.

117 See footnote 61 above.

assigned to follow other crimes not specially categorized such as homicide, bodily injury, traffic offences and the like.<sup>118</sup>

From this it is humanly to expect that the creation of special prosecution units within the prosecution will go parallel with the complexities of how corruption crimes, economic crimes, and cross boarder crimes are committed and will be a base for effectiveness in the combat against these crimes.

#### **4.5 Future Implications With Respect to Prosecution**

For the reason that it is only about a year after the establishment of the Federal Attorney General, it will be too early to judge its achievements and failures. However, the establishment of a comprehensive prosecution service can be viewed as a step forward to having a uniform, independent, strong, effective and efficient prosecution service. Having the Federal Attorney General as a unified prosecution department is expected to create uniformity not only in the enforcement of laws but also uniformity in the administration and treatment of public prosecutors which was not the case before its establishment.

A prior discriminatory entitlement of benefits to public prosecutors explains the case more. While public prosecutors in the Ministry of Justice and the Federal Ethics and Anti-Corruption Commission were entitled to residential house and transport allowances pay role tax free for long, similar benefits were allowed for the public prosecutors in the Ethiopian Revenues and Customs Authority only since March 2015. After the Federal Attorney General was established and the public prosecutors were transferred from the Ethiopian Revenues and Customs Authority to Federal Attorney General, the Ethiopian Revenues and Customs Authority was audited by the Auditor General for the year 2014/2015 the result of which worsens the case more.

---

118 Mebrhi Brhane, Senior Public Prosecutor in the Federal Attorney General, personal talks, 22 October 2017.

As a result of such an audit the Auditor General was said to have recommended that the residential house and transport allowances to which the public prosecutors in the Ethiopian Revenues and Customs Authority were entitled were unduly made pay role tax free and so that the public prosecutors shall pay the amount of tax back. To this end, the finance department of the Ethiopian Revenues and Customs Authority wrote for each of former public prosecutors to pay the amount of tax which was claimed not paid since March 2015 – June 2016.<sup>119</sup> Such an anomaly occurs due to the separation of the prosecution service in to various institutions, and the establishment of the Federal Attorney General rectifies such a discriminatory treatment between public prosecutors.

The commitment to have a strong prosecution department is revealed by provisions in the law regarding duty to cooperate and criminal liability. Any person except in cases of beyond his/her capacity is required to cooperate with the works of the Federal Attorney General and public prosecutors.<sup>120</sup> Similarly, members of the police are required to respect and enforce final and legal decisions given by public prosecutors.<sup>121</sup> To enforce these provisions it is provided that any interference against the independent decision making of the Federal Attorney General and its public prosecutors, disobedience to decisions thereof and failure to cooperate are criminally punishable offences.<sup>122</sup> These are meant to respect the independence, powers and functions of the public prosecution. And, these imply that a base has been built for the development of a comprehensive, independent, impartial and strong public prosecution office in the future.

---

119 Similarly, I, the writer of this article have been addressed with a letter claiming for the payment of 10,360 (Ten Thousand Three Hundred Sixty) ETB. Ethiopian Revenues and Customs Authority. Letter., Ref. No. EL-4/21/09., 25 March 2017. The residential house and transport allowances were allowed free of income tax by the Prime Minister. Former public prosecutors of the Ethiopian Revenues and Customs Authority have petitioned to the Prime Minister against the claim of payback, and so far no response has been given.

120 Proc. No. 943/2016, *supra* note 11, Article 23(1).

121 *Id.*, Article 23(3).

122 *Id.*, Article 24.

## 5 CONCLUDING REMARKS

Prosecution in Ethiopia was the private task crime victims for long time. And, since the first public prosecution department was established during the reign of Emperor Hailelassie I in 1942, continuous changes have been made with respect to its organization and administration. After times of wavering between a centralized prosecution department at times and between separately specialized prosecution departments in another time, a comprehensive prosecution department – the Federal Attorney General has been established in the federal government in view of having uniform, effective and efficient prosecution service contributing for the sustainment of the rule of law, respect for human rights and public interest. While it is established accountable to the Prime Minister and Council of Ministers and so not safe to say it institutionally is immune of executive control, it is provided that public prosecutors individually are professionally independent to freely decide based on law without interference. The formal powers and duties given to the Federal Attorney General are so extensive. It has powers, *inter alia*, to decide regarding prosecution in criminal matters, to represent the Government and other needy citizens in civil litigations, to prepare draft laws to be promulgated by the federal government and make sure international agreements entered in to by Ethiopia protect the National Interest, and to train and educate its public prosecutors. With respect to accountability, the Federal Attorney General is required to work in a manner ensuring public accountability, and to this end it prepares quarterly public forums. And, while the Federal Attorney General institutionally and public prosecutors individually are immune of liability to damages caused due to their acts in due performance of their responsibility, it is provided that public prosecutors are legally accountable for defects in their work and ethics. Internal administration of public prosecutors - including issues related to recruitment, promotion,

assignment, and disciplinary measures - is to be determined based on predetermined regulations in away balancing independence and accountability. To enforce the independence, powers and functions of the Federal Attorney General and public prosecutors, it is provided that everyone except in cases of beyond capacity is required to cooperate, and interferences against the independence of the prosecution, disobedience to legal decisions thereof and failure to cooperate are punishable offences. While the practicality of these all is to be seen in the future, the establishment of the Federal Attorney General with all its powers can be viewed as a foundation for having a comprehensive, strong and independent prosecution department.

## **RUMO A UM MINISTÉRIO PÚBLICO ABRANGENTE NA ETIÓPIA: ANALISANDO NOVOS DESENVOLVIMENTOS**

### **RESUMO**

*Apesar do ministério público ser recente na Etiópia, mudanças contínuas tem sido feitas desde que a primeira promotoria foi estabelecida. Enquanto o ministério público oscilava entre centralização departamental em um período e instituições especializadas em outro, um novo departamento ministerial de âmbito federal – Procuradoria-Geral – foi recentemente estabelecido no governo federal concentrando quase todo o poder ministerial. Este artigo brevemente revisita o desenvolvimento do Ministério Público, a oscilação entre centralização e especialização de suas instituições e os novos desenvolvimentos relacionados ao estabelecimento da Procuradoria-Geral como uma instituição ministerial abrangente.*

**Palavras-chave:** *Ministério Público. Etiópia. Instituições ministeriais abrangentes.*

## REFERENCES

Andargatchew Tesfaye (2004), **The Crime Problem and its Correction**, Vol. II (Addis Ababa: Addis Ababa University Press).

**Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia** Proclamation No. 1/1995 (21<sup>st</sup> August 1995).

Desset Abebe Teferi, **“Trade Union Rights of Government Employees in Ethiopia: Long Overdue!”** in Ethiopian Journal of Human Rights, Vol. I., March 2013, pp. 109-149.

**Ethiopian Revenues and Customs Authority Establishment Proclamation** No. 587/2008 (14<sup>th</sup> July 2008) 14<sup>th</sup> Year, No 44 *Federal Negarit Gazeta* (Addis Ababa), Article 6(10) and 16(1)-(2).

Ethiopian Revenues and Customs Authority.. **Letter.**, Ref. No. EL-4/21/09., 25 March 2017. 1<sup>st</sup> Year, No. 1 *Federal Negarit Gazeta* (Addis Ababa).

José Zeitune (2004), **International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors: A Practitioners’ Guide**, (Geneva: ICJ), pp. 70-71. (hereinafter called José Zeitune).

Mebrihi Brhane, **Senior Public Prosecutor in the Federal Attorney General**, personal talks, 22 October 2017.

The Status and Role of Prosecutors: **A United Nations Office on Drugs and Crime and International Association of Prosecutors Guide**, (New York: United Nations).

# El Paradigma Del Fiscal Latinoamericano Desafíos De La Justicia: Justicia Versus Seguridad Jurídica<sup>1</sup>

*Miguel Angel Villalobos Caballero<sup>2</sup>*

## RESUMEN

En el presente ensayo se propone tener un nuevo paradigma en el Fiscal Latinoamericano, inclinado hacia una clasificación de los valores jurídicos supremos frente al abuso del Poder, la Criminalidad Organizada y la Inseguridad Ciudadana, tomando posición ética desde la doctrina de la Filosofía del Derecho.

**Palabras clave:** *Paradigmas, Fiscal, Latinoamericano, Interpretación, Valores Jurídicos Supremos, Valores Jurídicos Instrumentales.*

## 1 INTRODUCCIÓN

A cabo de cumplir 21 años en la función fiscal en el Perú, habiéndome desarrollado como Fiscal Adjunto Provincial en Lima, Fiscal

---

<sup>1</sup> Data de recebimento: 17/05/2017. Data de aceite: 19/01/2018.

<sup>2</sup> Miguel Angel Villalobos Caballero (Callao – Perú), Abogado por la Universidad Nacional de Mayor de San Marcos, fue incorporado como Miembro del Instituto Peruano de Filosofía y Sociología del Derecho y es Miembro actual de la Asociación Internacional de Fiscales, egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la UNMSM, actualmente se desempeña como Fiscal Superior Titular en lo Penal de Junín – Perú, habiendo ocupado los cargos de Jefe de la Oficina de Control Interno de Junín y Presidente de la Junta de Fiscales Superiores de Junín. Actualmente es Fiscal Superior en apelación a los casos de Crimen Organizado. Paralelamente es Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Continental y ha escrito en el año 2004 “La Finalidad del Derecho” y en el año 2010 “El Derecho como reflexión filosófica”, dicta conferencias y seminarios en temas de su especialidad, la Filosofía del Derecho, siendo el último de ellos, en abril y mayo del 2017 “Filosofía del Derecho: Pasado, Presente y Futuro” en la Corte Superior de Justicia de Junín. Es columnista en el Diario El Correo, ha escrito diversos ensayos entre ellos, “La Metafísica entre el Amor y el Derecho”, “La Trasontología del Derecho”, “El Mito de Sísifo en la Administración de Justicia”, “De la Utilidad de la Filosofía y de la Filosofía del Derecho a la Justicia y a las resoluciones Judiciales y dictámenes de Fiscales”. En la Actualidad está estudiando un Master Universitario “Magistratura Contemporánea: La Justicia en el siglo XXI” en convenio entre la Academia de la Magistratura Perú y la Universidad de Jaén – España. E-mail: boss.villalobosch@gmail.com

Provincial en Cajamarca y Huancayo, Fiscal Adjunto Superior en lo Penal en Junín y actualmente como Fiscal Superior en Junín nombrado desde el año 2005 por el Consejo Nacional de la Magistratura, en la que gracias a la invitación de la Revista Académica de la Escuela Superior del Ministerio Público – Brasil, puedo escribir el presente ensayo sobre **“El Paradigma del Fiscal Latinoamericano”**, encontrando un punto en común, **el hacer una reflexión filosófica jurídica sobre la función fiscal y su valoración entre la Justicia y la Seguridad Jurídica**, (en tolerancia<sup>3</sup>) ambos valores del Derecho; el primero, como valor jurídico supremo y el segundo, como finalidad del Derecho, esto es que, al momento de resolver un caso, en especial en casos de difícil solución o protección de los derechos fundamentales o sociales, es importante, su solución dentro de la internalización de los valores jurídicos, por cuanto los valores tienen una jerarquía y una polaridad, y, en un caso concreto entra en juego dialéctico una evaluación entre la Realidad y los criterios, principios, raciocinios y objetividad a aplicar con una interpretación no solo ra-

---

3 Una de las situaciones más interesantes que se presentan en el mundo de la Filosofía, es la aparición en el tiempo de pensadores, filósofos y científicos, que aportan con sus ideas, en diversas áreas, así, les señalé a mis alumnos de Filosofía del Derecho, o, en las conferencias que dicté, la necesidad de citar a los autores de los pensamientos, eso no es solo sobriedad intelectual en el campo de la investigación sino respeto a los autores y a sus ideas, consecuentemente, y tal como lo afirmo en un ensayo ¿Qué es y para qué sirve la Filosofía del Derecho? que ‘en todos los tiempos y espacios donde haya un ‘Filósofo’ habrá un ‘filosofar’, una reflexión y en viceversa, donde haya un ‘filosofar’ se encontrará a un ‘filosofó’. Villalobos Caballero, Miguel Angel ¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?, Revista Institucional del Ministerio Público – Junín, Año V Nro. 05 – 2013, Publicado en abril del 2014, pág. 20. Es así, que por ejemplo un pensar es sobre la duda para llegar al conocimiento, esto, en el tiempo es atribuible a Rene Descartes; o, el parentizar todos los hábitos, los prejuicios, las convicciones ingenuas y las consideraciones obvias es atribuible a Husserl, así, en esta línea del pensamiento, me parece interesante la capacidad de ser tolerante frente a los ideas de otros, como bien lo expresara Karl R- Popper, en una ponencia: ‘Tolerancia y Responsabilidad Intelectual’, aludiendo al argumento de Voltaire, padre de la Ilustración, así, Voltaire, pregunta ¿Qué es la Tolerancia?. Y responde: ‘Tolerancia es la consecuencia necesaria de la comprensión de que somos personas fiables: equivocarse es humano, y todos nosotros cometemos continuos errores. Por tanto, dejémoslos perdonar unos a otros nuestras necesidades. Esta es la ley fundamental del derecho natural.’ Popper, Karl R., ‘SOCIEDAD ABIERTA, UNIVERSO ABIERTO – Conversación con Franz Kreuzer’, Editorial Tecnos, quinta edición, España, año 2012, pág. 141, por eso afirma Popper que Voltaire apela aquí a nuestra honradez intelectual: debemos reconocer nuestros errores, nuestra fábilidad, nuestra ignorancia. De ahí, que Popper propone que los principios que se encuentran en la base de cualquier discusión racional, esto es, de cualquier discusión al servicio de la búsqueda de la verdad, son principios éticos por antonomasia, señalando tres: ‘1. Principio de falibilidad: quizá yo no tengo razón, y quizás tú la tienes. Pero también podemos estar equivocados los dos. 2. El principio de discusión racional: queremos intentar ponderar de la forma más impersonal posible nuestras razones en favor y en contra de una determinada y criticable teoría. 3. El principio de aproximación a la verdad: a través de una discusión imparcial nos acercamos casi siempre más a la verdad, y llegamos a un mejor entendimiento, incluso cuando no alcanzamos un acuerdo.’ Obra citada, pp.: 152-153.

cionalista, moderna o postmoderna del Derecho, sino, con una alta ética y sobriedad en el ejercicio del cargo, visión contemporánea del Derecho, por parte del Juez y del Fiscal, en algo que denominaremos “conciencia jurídica”.<sup>4</sup>

Así, América Latina ha tenido problemas en el siglo pasado de dictaduras (apetitos y ambiciones políticas desmesuradas como para romper el orden democrático), ahora, que estamos en tiempos contemporáneos, debemos aspirar como lo hacen los europeos el tender a preservar la Democracia, los Derechos Humanos y El Estado de Derecho, para lo cual debemos generarnos un nuevo paradigma en la Sociedad y en el Derecho.

---

4 Sobre la Conciencia Jurídica en mi obra ‘La Finalidad del Derecho’ señale dentro de una de sus conclusiones, ‘que la conciencia jurídica es en esencia el conocimiento o entendimiento que tenemos sobre la realidad jurídica. También existen conciencias sobre lo religioso, lo moral la política, lo social, lo artístico, etc., lo que interesa no solo es entender el mundo jurídico, sino también acatarlo como mandato, como norma, como Ley.’ Villalobos Caballero, Miguel Angel ‘LA FINALIDAD DEL DERECHO’, Editorial RAO Jurídica, Lima, Perú, año 2004, página 130. Pensamos, que el mundo lo que necesita es ‘conciencia de lo justo’, es decir, un nuevo paradigma, que tal vez lleve siglos en cumplirse, pero, nosotros somos responsables como en una línea continua sus iniciadores en esa lucha del siglo XXI, con un modo de pensar distinto al clásico. Así, sobre conciencia jurídica es interesante lo anotado por el filósofo brasileño Clóvis Beviláqua (Ceará 1859 – Rio de Janeiro 1944) que señala que: ‘Es la facultad que nos habilita a juzgar los actos realizados en la esfera del Derecho; las leyes, las sentencias, las resoluciones administrativas, las relaciones de orden particular, la orientación política. Se apoya en la síntesis de los principios y conceptos, que la civilización acumula en el correr de los siglos, imprimiendo en nuestro espíritu determinada organización concordante con el medio social en que se desenvuelve’, extraído de ‘La Finalidad del Derecho’, pagina. 121. Es decir, que tener ‘conciencia jurídica’ es conocer y aprehender la virtud en el Derecho para solucionar conflictos que se dan en la humanidad, en que cuando, llega a la mano de los jueces y fiscales, deben encontrar la solución, aún, siendo un caso difícil, ponderando la Justicia sobre los demás fines del Derecho, por cuanto entre un valor y una finalidad, siempre se tendrá presente a la primera, porque es lo que finalmente desemboca en Paz. Así, ‘Pensamos que el Juez (el Fiscal) es el que más debe tener en claro la idea de Derecho, sus valores, su estructura, su aplicación para poder aplicarlo bien. Conocimiento y discernimiento correcto son la base para una buena aplicación del Derecho. Y pensamos que es el más indicado para tener ‘conciencia jurídica’ porque como dice el Dr. Domingo García Rada: ‘el Magistrado tiene en sus manos la suerte de un patrimonio. El honor de una familia o la vida de un individuo, es decir tal suma de poderes, facultades de tanta importancia para el ser humano que ni el mismo Jefe de Estado posee. Podrán los políticos manejar los grandes intereses del país, los legisladores las leyes que enrumban la nación, pero queda a los jueces procurar la felicidad del pueblo. Los jueces honestos y sabios aseguran la paz social y los individuos pueden estar tranquilos sabiendo que en caso de conflicto con particulares o del abuso del poder público tienen quien defienda y ampare sus derechos’ Pagina 125 de la ‘Finalidad del Derecho’, a propósito de la obra de Domingo García Rada, ‘Memorias de un Juez’. Este tema de la ‘Conciencia Jurídica’ lo desarrollo como investigación en un tema denominado ‘La Trasonología Jurídica’ creación del suscrito, que nace como reflexión ‘acerca de las fallas del Sistema Jurídico y la imposibilidad de la realización de los fines del Derecho a cabalidad, entre ellos, el valor jurídico supremo, que es la Justicia, en la que a veces no se cumple ni siquiera ciertos valores jurídicos instrumentales, como son el orden, el bienestar común o la paz. La Trasonología que es tener conciencia y la Trasonología jurídica que no es otra cosa que tener conciencia del Derecho, pretende que el Derecho se realice en sus fines no por una mayor coacción, sino por el deber ciudadano que deben tener todas las personas, luego del honesto proceso de internalización de los valores del Derecho al ciudadano, en especial de los operadores de Justicia’ Villalobos Caballero, Miguel Angel ‘EL DERECHO COMO REFLEXION FILOSOFICA’, Editorial ‘El Renacer’, Lima, Perú, año 2010, p.p. 66, 67.

Así, la problemática ya no son las Dictaduras evidentes (aunque aún existen las solapadas) sino de la lucha contra una corrupción generalizada e inseguridad ciudadana, que ha llevado en muchos países, entre ellos, al Perú ha organizarse para la lucha contra la delincuencia común y organizada desde sus Fiscalías, necesitando generar convenios entre las naciones, requiriéndose del apoyo y la Cooperación Internacional, en esta lucha que quiere evitar “borrón y cuenta nueva” o en términos más cristianos “la impunidad pura”, que a veces, se consigue con las famosas prescripciones de la acción penal o deficientes interpretaciones del Derecho en las investigaciones y juzgamientos, mientras que sus autores y cómplices se salen con la suya y viven en paraísos fiscales.

En ese sentido, en el presente ensayo se plantea la necesidad de que en la lucha de los Fiscales para recuperar la paz social y el bienestar común, se acuda a la doctrina de la Filosofía del Derecho, como es la estimativa jurídica, en la que se encontrará la clasificación y jerarquía de los valores del Derecho para la solución de los casos emblemáticos, como, pueden ser la violación a los Derechos Humanos o la lucha contra la Criminalidad Organizada donde la cooperación internacional juega un rol sumamente importante, como está ocurriendo en casos recientes de delincuentes de gran magnitud o de la propagación de lo que denominó “las fábricas criminales”, como son las mafias, en que el delincuente moderno ya no tiene gafas, o está sucio, o huele mal o está mal vestido por su necesidad, sino, es de mostrarse elegante, sonrisa amable, y modales finos que sin embargo son captados, entrenados y formados en grandes organizaciones que pasan de la aparente “legalidad” y “filantropía” a la real delincuencia.

## **2 DESARROLLO**

¿Qué se busca como Paradigma Fiscal en Latinoamérica?

Ante la Problemática esbozada en la Introducción del presente

ensayo, se tiene que buscar un nuevo paradigma de la Justicia, como encontrar coincidencia entre lo que se desea para la Justicia latinoamericana, que sufre en varios lugares de corrupción e impunidad, en especial, cuando se permite el tránsito de las organizaciones criminales de una nación a otra para mejor delinquir. Esta problemática delincencial que pueden existir en cualquier lugar de América latina, sin especificar casos concretos, pero, sí entendiendo que América latina en estos momentos está pasando por un mal momento en la lucha contra la criminalidad, la pregunta es ¿Quién está a salvo? o ¿Dónde existe real seguridad que no afecte la dignidad, el patrimonio o la mismísima existencia de una Nación?

La Prensa y no la necesariamente la “amarillista”, resalta a diario, la problemática de la Justicia, con escándalos sin solución, y, la pregunta es entonces ¿Cómo se frena esto? (ojalá que no se nos cambie la pregunta cuando encontremos las respuestas)

Tal vez, con un Nuevo Paradigma de la Justicia, con un compromiso real de los operadores de justicia nacionales e internacionales, es aquí, que como emblemático, tenemos el Paradigma de la Justicia.

Así, se suele decir que en la cultura griega hace más de dos mil quinientos años se desarrollaron los temas de las ‘aporías’ y de los ‘paradigmas’, las primeras como temas de difícil comprensión y solución, y, las últimas, como modelos a cambiar frente a nuevos desafíos; por lo que en estos tiempos hay que ‘aprender a aprender’, pero, no en sentido de tener mayores conocimientos, sino de ‘aprender’ en sentido de los griegos antiguos, encontrando el valor de la virtud, de hacer lo correcto.

Así, quien, puede negar que la Justicia a través de la historia de la humanidad es un tema considerado sumamente importante, y, siendo así, ¿Por qué no se realiza los fines del Derecho a cabalidad? ¿Es un tema de validez de la norma jurídica o un tema de eficacia de la norma jurídica?; asimismo, preguntarnos, ¿Por qué es un tema de tan difícil solución?, y, por último, al ser un tema de difícil solución

necesitamos por lo pronto, una argumentación firme que comprometa, que explique ontológica y filosóficamente que se puede hacer para reparar a la Justicia, a su vez, para que esa justificación o fundamentación sirva de apoyo en especial a los Buenos Políticos y reales Operadores de Justicia a repensar en una nueva Justicia humana sin mezquindades, donde a nadie se le excluya, ni nadie sienta que las leyes solo son para algunos y no para otros.

El Paradigma del Fiscal Latinoamericano y, esperamos, encontrar la mayor cantidad de coincidencias en nuestras naciones hermanas, es aprender el valor de la función fiscal, es decir, no solo un aprendizaje en destrezas y conocimientos, con capacitaciones nacionales e internacionales y pasantías, sino, en el valor de aprender el valor de “ser fiscal” y porque vale la pena serlo en un mundo tan villano y peligroso; por lo tanto se necesita de un fiscal aplicador de la ley tendiente a lo Justo en el Derecho, frente a una adversidad de tinieblas, intereses ocultos y apetitos desmedidos donde incluso se enfrenta la existencia, es decir, un fiscal con un rol autentico y autónomo, con cierta independencia, objetividad, respeto a la ley, buenas prácticas, e interpretación para el caso concreto, honestidad, cooperación, o como se conoce en mi querido país como un ente fiscal corporatizado, donde el compromiso político, familiar, amical quede de lado frente a la labor fiscal, es decir, sin macula a la hora de investigar, y, a la hora de decidir.

A las preguntas ¿Quién es el fiscal latinoamericano? o, ¿Qué hacen los Fiscales latinoamericanos?, es ser y hacer conforme al Derecho, y, no hay mejor Derecho que el Derecho entendido como Justicia, sin compromisos, ni alianzas, ni apetitos, ni ideologías, sin permitir que poderosos detrás o más allá de ellos le influyan, es ser un fiscal a la manera de Kelsen, es decir, como un ejercicio puro de la actividad fiscal, sin miedo y sin fronteras para enfrentar la criminalidad simple u organizada, aunque, en el camino se encuentre con grandes monstruos y peligros, es proceder como un buen soldado que a pesar de

arriesgar la vida va a la guerra dejando su mundo atrás, enfrentando peligros, así, debemos ser los Fiscales los que actuamos con la Ley en la mano, luchando firmes y decididos sin temor a las apariencias del Poder, o a las mafias, por cuanto, la Sociedad verdaderamente organizada solo tiene un fin y este fin es de acabar o reducir, la alta, mediana y baja criminalidad.

En ese sentido, los Modos de pensar nos puede ayudar a entender mejor este paradigma de la Nueva Justicia, si bien por tradición la labor recaía en los Jueces, ahora, estamos los Fiscales como estrellas que llaman la atención, en ese derrotero de actuar con objetividad y ver en la historia, que los modos de pensar son temporales y pueden cambiar para bien; así, el pensador antiguo se preocupaba por el Cosmos, y, Sócrates, Platón y Aristóteles por las virtudes y los vicios, asimismo, los medievales con sus pensamientos patristicos y escolásticos por ahondar en el alma humana, y, la presencia de Dios; sin embargo, es con la modernidad y la postmodernidad que ahora, y a raíz de la aparición de Descartes o del cartesianismo, que ese modo de pensar se fundó en la razón, y, debe permanecer; ni que decir, los pensadores que aparecieron después de ellos, como son los filósofos, científicos y epistemólogos que organizan nuestro saber, en la que ya no se trata de ver el árbol perdiéndonos de conocer el bosque, o, contrariamente, de conocer el bosque perdiéndonos de conocer el árbol, sino de obtener el saber y el conocer de manera totalizadora, es decir, de manera integral y ordenada.

Es así, que cuando en Europa hasta antes de las guerras mundiales se pensaba en naciones separadas, luego, se pensó en su integración, este Paradigma de la Integración no existía en los años anteriores a las guerra mundiales, pero surgió; de la misma manera que surgió que un Fiscal del Brasil vía cooperación tenga información que sirva y sea útil a un colega fiscal peruano, y, este con el fiscal suizo, es que el nuevo paradigma funciona, sí es así, la Justicia se ha globalizado, entonces, con toda esa rica información, ¿Que esperamos nosotros,

para actuar con conciencia? y hacer viable lo que parecía irrealizable, la Justicia, en su real sentido, pues, hay que enseñar con los medios que nos da la Ley, los convenios internacionales y la cooperación internacional, que por más poderosas que sea o parezca la delincuencia, no se escapa de la Justicia, eso, es el nuevo paradigma que pretendo dar a conocer, es decir, no perdón para que el que roba menos y hace obras, sino, pensar que no existe ningún perdón para todo aquel que tuvo el descaro y el atrevimiento de cruzar la ley.

Más que problemas y Desafíos, la normatividad como poder contra la impunidad.

Mucho se ha dicho, de que los Fiscales tenemos que enfrentar el Poder Político, y, que a muchos eso les amedrenta, o el temor de enfrentar a la mala prensa o al Poder que está detrás de ella, ni hablar de las presiones que ejercen las mafias con extorsiones o actos matonezcos contra fiscales honorables, en la que se pretende deslucir, frenar o desdibujar la actividad fiscal que busca Justicia, pero ello ¿Qué tanto importa? Nada.

Para el Fiscal comprometido con su conciencia, su deber ciudadano e institucional, es fácil entender, que tiene que hacer del Derecho una lucha por la Justicia, en ese sentido, debe existir fortalezas y Desafíos, una es, luchar contra la corrupción, la criminalidad organizada o el Poder que amenaza y/o a veces cumple su promesa de influenciar en las ratificaciones periódicas para que buenos Magistrados dejen el cargo, al no permitir ninguna intromisión en sus buenas decisiones; otra es, la mala praxis de un garantismo excéntrico, que tanto daño hace a la Sociedad y a las personas lesionadas en sus bienes jurídicos, al establecerse estándares demasiados altos, en especial, a los fiscales que finalmente no encuentran un compromiso en la autoridad judicial, la misma que pese a que se le muestra indicios y pruebas contra los culpables no valoran a la Justicia, dejando libre y en las narices de todos, hasta, el más vil de los canallas.

En ese camino, por ejemplo, la Filosofía del Derecho entiende que,

aunque ya positivizado no se puede negar la influencia y existencia de un Derecho natural o Iusnaturalista, en lo que lo preponderante rescata a valores y principios que infunde respeto al hombre, es decir, de sus derechos nacidos de la esencia humana, que a criterio nuestro, no pueden ser otros, que la Dignidad y la Libertad, en ese camino, y, tal vez superando al Iusnaturalismo se encuentra el valor del Derecho Positivo o Iuspositivismo, revalorizado por Kelsen, y, que si bien es cierto, por sus errores en su praxis ha sido vilipendiado, no le quita el mérito al Derecho Positivo, o Positivismo en su versión Neopositivista o Neo constitucionalista un valor preponderante digno de la persona humana sometida a la interpretación de la ley, de la norma jurídica, o de esa ponderación de obtener la regla valida, a la hora de hacer la ponderación para el caso concreto con justicia.

Es así, que no hay Derecho y decisión sin que se haga una debida interpretación de la norma jurídica, hacer lo contrario sería aberrante e impresentable, por lo que a la hora de interpretar la norma jurídica ¿En dónde estaría su evolución?

En tender hacia la Justicia, así, en nuestro entender, el Orden Jurídico tiene pesos y contrapesos, que hay normas jurídicas de mayor relevancia, como la Constitución en relación a otras normas de menor jerarquía, y, cuando hay que solucionar casos concretos, hay que acudir a ella, y, porque no, a normas jurídicas del Derecho Internacional, en la que se puede utilizar entre otros, criterios como la equidad o la igualdad para ponderar valores jurídicos, en ese sentido, el Fiscal debe ser un creador del Derecho al igual que el Juez, pero dentro de los parámetros de los principios jurídicos y porque no actuando con criterios morales al estilo de los Iusmoralistas en defensa de lo que realmente necesita y quiere la Sociedad, por no decir, la humanidad; así, el valor del Derecho natural es el principio, y, el valor del Derecho Positivo es la Ley, sin embargo, en tiempos contemporáneos, se podría encontrar una especie de mixtura (y, no de conveniencia), en atender al Derecho Positivo sin descuidar

lo ideal del Derecho natural, porque la Ley no tendría significancia sino atiende al valor de lo humano, y, al valor de lo moral en estricto buen entendimiento, como aquello que protege a la persona, a la Sociedad, así, se sostiene que:

El positivista no tiene ningún inconveniente en reconocer, bien al contrario, que cuando los juristas discuten sobre casos difíciles acuden a estándares diversos, entre ellos estándares morales. Ese acudir a otros estándares es consecuencia de que el Positivista (al menos los positivistas de todo el siglo XX y hasta hoy) cuestiona aquellos mitos de la teoría decimonónica del derecho que con Dworkin reaparecen con nuevo ropaje: los mitos de que el Derecho sea un sistema normativo completo (sin lagunas), coherente (sin antinomias) y claro (sin problemas de indeterminación en el contenido de sus normas, de las normas aplicables a los casos). Precisamente porque, para el positivista, los sistemas jurídicos tienen lagunas, contradicciones y márgenes de vaguedad en el contenido de sus normas, la capacidad regulativa del sistema jurídico no es plena, es limitada. De ahí que, según el positivismo, los juristas en la práctica deben acudir a estándares no jurídicos para completar esa capacidad regulativa de las normas jurídicas para los casos. Según el Positivista, el jurista echa mano de lo que no es derecho para poder decidir jurídicamente los casos. (GARCÍA AMADO, 2014, p. 29).

Consecuentemente, independientemente de la corriente filosófica jurídica a adoptar por parte del Fiscal como puede ser el Iusnaturalismo, el Iuspositivismo y sus diversas variantes, o el Iusmoralismo, el Fiscal debe encontrar una buena manera de entender e interpretar la norma jurídica en su relación a lo que espera la Sociedad en relación a un caso concreto, ese es su rol, ese es su nueva paradigma, para lo cual resulta ilustrativo, por un lado, encontrar el tipo de Fiscal, que puede encontrar su equivalencia, en el tipo de Juez que nos da la literatura jurídica (Júpiter, Hércules y Hermes) y por otro lado, su real compromiso del Fiscal con los valores sociales con voluntad y lealtad hacia la Democracia, los Derechos Humanos y el Estado de Derecho.

Así, nos explica Ors<sup>5</sup>, que pueden existir tres modelos de Juez, representados en una mitología, uno Júpiter, colocado en la cúspide y que adopta la forma de la Ley, es la pirámide; el otro, Hércules, que como juez semidiós se somete a los trabajados agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo fielmente la imagen de un embudo, a partir de aquí no hay más Derecho que el jurisprudencial, es la decisión y no la ley la que crea la autoridad. Ors señala que, la Pirámide sugería lo sagrado y lo ideal; el embudo evoca la materia, lo profano; un tercero, Hermes, el mensajero de los dioses, siempre en movimiento, el que está a la vez, en el cielo, en la tierra y en los infiernos, ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras, es el Derecho Postmoderno que se traduce en infinitas informaciones. Es por eso que Ors resume que Júpiter es la Pirámide y el Código, Hércules es el Embudo y el dossier y Hermes, la red y el Banco de datos, es decir, imágenes, modelos o tipos ideales del Derecho que el Juez debe inclinarse para resolver un conflicto que conlleve Paz social, esta imaginación de Ors, nos permite del mismo modo reinterpretar, pero en la figura del Fiscal.

Así, en el caso peruano hemos visto, que, a partir del año 1986 a la fecha, se convocó en el Ministerio Público a una serie de jóvenes, entre ellos, el que escribe, muchos con una formación universitaria nacional o privada, que sin embargo, el hecho de no tener experiencia en el campo fiscal, no nos asustamos y aceptamos el reto de laborar en una Institución creada en un gobierno democrático un 12 de Mayo de 1981, debo confesar, que mi formación sanmarquina (UNMSM) me permitía ver a esta institución como un desafío y compromiso de saber, y, entender la función fiscal, primero como provisional y luego como titular, es ahí, que atravesando a distintos tipos de gobiernos, cada cual con su problemática, lo importante era mantenernos firmes

---

5 Ost, François "JÚPITER, HÉRCULES, HERMES: TRES MODELOS DE JUEZ", Doxa, nro. 14 Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, año 1993, p.p. 169-194.

en nuestros ideales de no ceder a ningún tipo de presión ni interna, ni externa, pesa a la malquerencia que podríamos crear en otros, producto de una actitud y buena formación universitaria con maestros, en mi caso, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, como Carlos Thorne Boas, Carlos Fernández Sessarego, Max Arias Schreiber, y, otros innumerables, que los llevó como imagen de lo que es ser buenos Catedráticos del Derecho, actitud, en lo que finalmente importaba, que nuestros actos no desnaturalicen la esencia del Ministerio Público peruano, fijada en la Constitución, como la actual de 1993, en la que sobresale su autonomía, su correspondencia en representar en los procesos judiciales a la Sociedad, velar por el Principio de Legalidad, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, conducir desde su inicio la investigación del delito, para ello, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función, asimismo, le corresponde entre otros, velar por la recta administración de justicia y ejercer iniciativa en la formación de las leyes por los vacíos o defectos de la legislación; es decir, nos daba la oportunidad en base a la Constitución de ejercer el cargo a plenitud, sin embargo, como todos los gobiernos democráticos a partir del año 1980, que es de retorno a la Democracia en Perú, existía el peligro del Político que con su habilidad gane las elecciones y no demuestre en la praxis de ser el primer ciudadano en ejercer bien sus funciones, así, no es de desconocimiento público la problemática fiscal y judicial que traerá a muchos implicados a raíz del caso Odebrecht, en la que la colaboración entre fiscales de distintas naciones servirá de mucho apoyo para desbaratar un mal social, como es la corrupción, que no debería ocurrir en ninguna nación latinoamericana, pero, que nos revela, que tratándose de corrupción esta no tiene freno en el lugar que se desarrolle.

Es así, que en el caso de los señores y señoras Fiscales cada caso nos da una oportunidad, de actuar conforme lo haría un juez Júpiter, Hércules o Hermes, en nuestra interpretación, el Fiscal pue-

de tomar la opción de ver en la Pirámide a la cúspide a un Fiscal Júpiter, todopoderoso e intocable, que exige la aplicación de la Ley sin restricciones, por cuanto, el Poder real es del Legislador; por su parte, esa pirámide invertida daría la oportunidad a una especie de un Fiscal Hércules, en la que para su investigación y creación de su Teoría del caso, tendría que darle una debida interpretación a la Legislación, buscar al menos, lo más adecuado, para lo cual, el debe llevar en sus brazos a esa pirámide invertida con un significado de su fortaleza ética basada en su integridad para tener la fortaleza de no ceder ni a tentaciones, ni a extraños invasores de la función fiscal, su autonomía debe ser indiscutible, al igual que sus argumentos basados en una buena interpretación de la Ley, no está demás, señalar que un Fiscal Hermes, verlo más que como mensajero, sería un buen recabador de información, de aquí o de allá y se puede de más allá, que lo llevaría a obtener con medios legales y previstos en la ley para una actuación eficaz, pero, en caso concretos lo haría como subiendo al cielo, aplicando la ley sin titubeos, o, desde la tierra como Hércules, utilizar la interpretación conforme a los métodos que otorga el Derecho para lograr fines de Justicias, no quiero termina este ítem, sin, señalar, la importancia de un Fiscal Filósofo, que sepa de la importancia de aplicar la ley vigente, sin, impedir su visión del concepto de persona como dignidad en una dimensión humanista, hay que ser congruentes, con el humanismo occidental, de tener en su centro no a una visión patrimonialista del Derecho, sino, por el contrario tener en su centro a una visión humanista del Derecho, que vea la posibilidad de encontrar severidad a los que vayan en contra del Derecho, pero, sin olvidar que no somos Dioses, para castigar a manera de venganza, eso, enfermaría no solo el alma que actué así, sino, que avergonzaría a la evolución humana.

A propósito, sobre los modelos de juez, Manuel Atienza<sup>6</sup>, consi-

---

<sup>6</sup> Atienza, Manuel "IDEAS PARA UNA FILOSOFIA DEL DERECHO – UNA PROPUESTA PARA EL MUNDO LATINO", Fondo Editorial Universidad Garcilaso de la Vega, Perú, año 2008, p.p. 114-120.

dera que en estos tipos ideales de Juez que operan en los diversos sistemas jurídicos de los Estados Constitucionales corresponden con dos concepciones del Derecho, una formalista y otra realista. El rasgo de una concepción formalista está en visualizar al Derecho como un sistema general de normas, aún Derecho con un carácter cerrado, que permite alcanzar una solución correcta para cada caso, en consecuencia, dice Atienza, “la función del Juez es la de descubrir el Derecho y aplicarlo a los casos que ha de enjuiciar, pero no la de crear Derecho”. En cambio, rasgos de una concepción realista está en visualizar al Derecho como una realidad dinámica, infiere obra no tanto del Legislador, cuanto del Juez, asimismo, entiende que el Derecho tiene un carácter abierto, indeterminado: “el juez no puede realizar su tarea de resolver los casos que se le presentan sin salirse fuera del sistema, esto es, sin recurrir a criterios de carácter económico, político o moral”, por último, afirma Atienza, que la función del juez, al menos en un aspecto muy importante, consiste en crear nuevo Derecho y no en aplicar el ya existente, lanza la idea de un Juez Filósofo, ya no aquel que se comporta como un buen juez, que aplica el Derecho sin ser corrupto, “sino, quien es capaz de “ir más allá” del cumplimiento de las normas, más allá de ser un Hércules, de ser un juez con virtudes judiciales que se forma a través del ejercicio de su profesión, es este un juez prudente, nosotros agregaríamos, con una concepción netamente sartriana, “el hombre es lo que hace”, y, no es una vocación humana ir contra el Derecho a manera de un necio; así en el caso de un fiscal debe evitar caer en el decaimiento, en la desorganización, en la irresponsabilidad o inmoralidad, debe abstenerse de compartir el apetito del Poder en sus diferentes jerarquías locales, regionales y nacionales, en sí, de actuar con sabiduría encontrada en la Filosofía, que no es otra cosa, de actuar erguido en la virtud, esto, es ser un fiscal filósofo, que no solo se queda en el cumplimiento de la ley, sino, que si lo hace lo hace con una interpretación y ponderación de principios y valores a resaltar en su actuación.

Que, en este real compromiso del Fiscal de actuar con voluntad y respeto hacia los valores jurídicos y sociales se debe evidenciar además su lealtad hacia la Democracia, los Derechos Humanos y el Estado de Derecho, para ello debe estar atento y vigilante, para que en cada caso de su competencia no se afecte ni la Democracia, ni los Derechos Humanos, ni el Estado del Derecho, siendo así, el fiscal en su integridad y capacidad debe salir airoso en los casos que son de su competencia, así, recuerdo que en mi condición de Fiscal Provincial de Derechos Humanos en Junín en el año 2004, la Comisión de la Verdad entregó varios casos para nuestro conocimiento, uno de ellos, a recordar, es aquel ocurrido con fecha 11 de setiembre de 1993 en la que se produjo una incursión de un grupo de ronderos de San Fernando de Maritari a los vecinos del Anexo Delta, que tuvo como consecuencia el deceso de diez campesinos y un sobreviviente, desenlace fatal producto de una orden del teniente coronel jefe de un batallón contrasubversivo, responsable del apoyo y control de las rondas campesinas, siendo dicho militar el responsable de esa mala intervención con secuencias fatales, así, si bien el Poder Judicial de Huancayo habría declarado fundada la excepción de Amnistía, en virtud de una ley de amnistía, y, su interpretativa, en base a una corriente del pensamiento de respeto a los Derechos Humanos, reabrimos el caso, es decir, que frente a una finalidad del Derecho que podría ser la seguridad jurídica (cosa juzgada, prescripción u otro) primo el valor supremo de la Justicia, que tiende a la necesidad de saber ¿Qué se hizo?, ¿Por qué se hizo?, ¿Quién o quienes lo hicieron?, y, la sanción que deben recibir por su mal actuar a fin de evitar impunidad. Es importante saber que la Convención Americana de Derechos Humanos no permite la amnistía que tienda a evitar la persecución de actos criminales que afecten Derechos Humanos.

Es así, que en el mundo de la casuística en el ejercicio de sus funciones al Fiscal se le podría aparecer figuras jurídicas discutibles, ¿Qué hacer? No solo actuar responsablemente sino con conocimiento

actualizado, como aquel que nos permite conocer a través de las resoluciones o sentencias de los Tribunales Internacionales, así, tenemos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que el Control de Convencionalidad es importante para los jueces que pertenecen al sistema de los Derechos Humanos firmantes de la Convención Americana de Derechos Humanos; por otro lado, y pasando el atlántico, tenemos la Convención Europea de Derechos Humanos, en la que si bien no existe un control de convencionalidad, si existe un Tribunal Europeo de Derechos Humanos que hace respetar los derechos fundamentales en especial a través de una jurisprudencia evolutiva que hace reflexionar y replantear sobre temas como la vida, familia, la privacidad, el deseo de paternidad, la orientación sexual y otros temas, como la prisión, la cadena perpetua o la pena de muerte, así, preguntase ¿Cómo puede quedar libre una persona o un grupo de personas que han hecho tanto daño?

Asimismo, pueden surgir nuevas inquietudes como ¿Qué hacer ante un discurso de Odio? o ¿Hacia la Eutanasia?, es decir, ante una posible criminalización de una figura nueva por parte del Derecho Positivo que podría llegar a las manos del fiscal en desacuerdo, ¿Qué posición tomar?, o, ¿A qué corriente del Derecho acudir para la solución del caso?

Así, por ejemplo, en un artículo de Manuel Atienza que aparece en la Revista DMD<sup>7</sup> denominado: “El Caso de los que ayudan a morir con dignidad”, nos comenta sobre un Filósofo del Derecho estadounidense Lon L Fuller, y la problemática para resolver de los jueces en un caso concreto, así comenta:

Fuller partía en su trabajo de un supuesto ficticio y que consistía en lo siguiente. Un grupo de espeleólogos había quedado atrapado en una caverna y en una situación en la que su posible rescate tardaría muchos días en producirse. En las circunstancias en las que se encontraban, llegó un

---

7 Ver Internet: <https://www.google.com.pe/search?q=malos+tiempos+para+la+muerte+digna&oq=malos+tiempos+para+la+muerte+digna&aqs=chrome.69i57.22457j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

momento en que pensaron que la única posibilidad de sobrevivir consistía en que uno de ellos perdiera la vida, para que los otros pudieran alimentarse con su cadáver. Eligieron un procedimiento azaroso, dieron muerte al que la fortuna dio la espalda y, finalmente, lograron salir a la superficie. Pero allí les esperaba el sistema penal en forma de una norma que establecía, sin prever ninguna excepción, que “Quien matare intencionadamente a otro será castigado con la horca”. El tribunal del jurado que los juzgó encontró culpables a los espeleólogos; era indiscutible que la muerte de su desafortunado compañero se había producido de manera intencionada. Y ahora el caso había llegado al Tribunal Supremo, que tenía que decidir si confirmar o revocar la condena.<sup>8</sup>

En este caso, que haría el Fiscal de cada región latinoamericana, muchas discrepancias o muchas coincidencias; la Costumbre, los hábitos sociales, ¿Qué tanto influiría en su decisiones, es evidentemente que tiene que tomar una posición dentro del Derecho (Teoría del Derecho) o fuera de él, como es la Moral; o que tanto influyen aquellas disciplinas afines al Derecho, de carácter psicológicas, sociológicas, filosóficas, antropológicas; es decir, que el Derecho al ser multidisciplinario integra una variante de corrientes y pensamientos que influye en la decisión de los operadores de Justicia, que pueden pertenecer a un sector de los Positivistas, Neopositivistas, Neoconstitucionalista e incluso aquello que consideran a la Moral dentro de las decisiones jurídicas como son los Iusmoralistas, etc., y aunque algunos los pretendan negar, el Fiscal ante las diversas situaciones que se le presenta, tiene que tomar posición desde una punto de vista del Derecho, como se dice, hay en ciertos asuntos o casos, una zona de claridad y una zona de penumbra, y, para tomar la decisión hay que tomar posición al respecto desde una teoría del Derecho, en la que por ahora, no señalo cual es la mía, aunque se intuya, sí lo transmito como reflexión a los lectores, para su consideración y para que se evidencie que en Derecho todo es interpretable, para el caso de los

---

<sup>8</sup> Obra citada en el internet.

Fiscales Penales, aquellos, que luchan contra la Criminalidad Organizada, deben estar preparados anímicamente, gnoseológicamente pero sobre todo ontológica y filosóficamente para que su actuación este en concordancia con su Sociedad de su tiempo y espacio, de manera oportuna, para que lo terrible no caiga en impunidad.

Hacia una interpretación original en la toma de decisiones fiscales y judiciales. La Jerarquía de Valores.

Es evidente, que los Fiscales latinoamericanos ante sus realidades que van desde la extravagante posición de los Partidos Políticos o movimientos populares de capturar el Poder, ya sea vía de elecciones u otras formas abusivas, es un elemento preocupante para el buen ejercicio del Derecho, en sí de la Justicia; el Poder, puede mantener o cambiar las leyes, mantener a las personas en sus puestos o sacarlos de ellas, los Políticos en sí, tienen sus propios fines, en la que a veces, incluso, actúan al margen de la Ley, sus fines no son fines netamente sociales, jurídicos, etc., ante ese Poder desbordante en ocasiones ¿Qué hacer?, así aun, no olvido, aquella pregunta sobre ¿Impera el Derecho sobre la Político?, en un diálogo entre Jürgen Habermas con Ronald Dworkin, en la que bien afirmo el moderador Klaus Gunther, que no debemos esperar de este dialogo y yo diría de cualquier diálogo, ni ganadores ni perdedores, así al existir una tensión entre el Poder y el ser humano desde el inicio de la humanidad hasta estos momentos, bien hacen en afirmar que ni el derecho debe regir a la Política, ni la Política al Derecho, sin embargo, como evitarlo, la vida y sus diversos componentes están arrogados al Mundo y en él convivimos, pensamos, que no solo la Moral puede salvar a la humanidad, sino, más bien la conciencia de los actos y la estima al prójimo, que incluye su habitad, es así, que cuando el Poder es total, o los Partidos Políticos se han apropiado del Estado, ¿Dónde quedan la Constitución (papelito con letras sino se le cumple en su esencia), los Tratados, los Tribunales Internacionales y las exhortaciones de las grandes personalidades el Mundo?, cuando el Poder abarca de

mala manera, ¿Qué tanto puede hacer un Ministerio Público?, o, ¿Qué tanto puede hacer un Fiscal en un caso concreto?, ¿Cuáles serían las consecuencias para él, en su actuar correcto, democrático? Si veces la misma Sociedad Internacional no puede hacer nada.

Otra realidad, que advierte el Fiscal Latinoamericano, es el galopante incremento de la Criminalidad Organizada, que genera foros, reuniones, debates, locales, regionales, continentales y mundiales, es decir, “mil discursos y casi ningún resultado”, curiosamente, es incorrecta su denominación de “Organizada”, cuando en realidad se les debería denominar simplemente “Fabricas Criminales”, porque el aceptar que “estos criminales están debidamente organizados”, es aceptar, como lamento, que la Sociedad en si está bien desorganizada y tiene que ver como los procesos penales comienzan con grandes pompas, pero, en el tiempo se desinflan como un globo, en la que pasada la noticia criminal, viene, la otra, el archivo, el sobreseimiento, “el escape” que permite el propio sistema, mediante el garantismo extravagante sin entrañas que permite que la impunidad se levante como una ola y arrase a la Justicia y sus afectados.

Otra realidad a afrontar es la crisis de valores morales, sociales, entre otros, que han permitido el surgimiento de otra ola, denominada: Inseguridad Ciudadana, es así, que los medios de comunicación reportan a diario, no solo en los barrios populares de las grandes ciudades, Lima, Rio de Janeiro, Caracas, Buenos Aires, etc., el incremento desmedido de la violencia hacia el ciudadano, sino, hasta en los barrios más exclusivos de las grandes ciudades, es así, que esta inseguridad ciudadana no excluye a nadie, en cualquier momento a cualquier ciudadano le puede ocurrir algo, que puede pasar de lo desagradable a lo horrible, y horrible es cuando lo evidente traspasa la frontera de los países, convirtiéndose una noticia penal mundial, en la que lo peor que puede suceder es la indiferencia en anulación de la solidaridad.

Frente a estas realidades, de Abuso del Poder, el incremento del

Crimen Organizado y, la Inseguridad Ciudadana, o el resurgimiento del Terrorismo, el Fiscal, en el caso concreto, no puede permanecer, en miedo o indiferencia, algo tiene que hacer, es la prueba de fuego, entre hacer algo por la Democracia, los Derechos Humanos, el Estado de Derecho o darle la espalda con fines de mantener su estatus, consiguientemente, su cargo. ¡Eh, aquí el gran desafío!

Pero, como indique en un momento de este ensayo, el Fiscal tiene que ir de la mano con la normatividad jurídica nacional, y, en ciertas ocasiones, acudir a la normatividad jurídica internacional y Tribunales de ser el caso, para enderezar, las malas interpretaciones o las malas decisiones que favorecen la injusticia hacia los ciudadanos y los pueblos americanos, es así, que propongo a su consideración, en el presente trabajo académico, el desarrollar dentro de la Teoría de los Valores Jurídicos una jerarquía de valores que no permitiría que ciertos casos se vean afectados los derechos fundamentales o los derechos sociales.

Así, dentro de la Clasificación de los valores y fines del Derecho, en mi trabajo de Tesis para Bachiller en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1990), publicada como libro: (2004) con la denominación: "La Finalidad del Derecho", instituí, que, de acuerdo a su jerarquía social, existen dos tipos de valores:

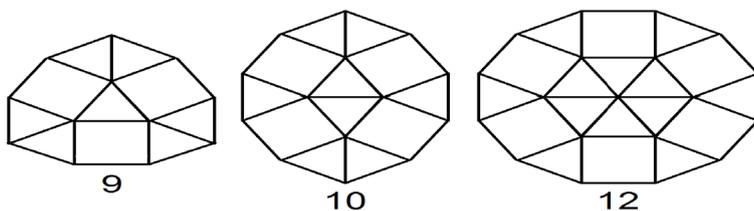
Los Valores Jurídicos Supremos, y

Los Valores Jurídicos instrumentales.

De los primeros, se pueden decir, fundamentalmente, que son la Justicia o la Dignidad Humana, aquellos valores jurídicos supremos jurídicos, entendidos como una aspiración fundamental del ser humano, con principio y sin fin, que no permitan por ninguna razón que el Poder o algo extraño menoscabe a la persona humana en sus derechos provenientes del Derecho Natural, que han sido puestos, en lo que se conoce como Derecho Positivo, en la que aún, este derecho positivo por ser variante, en el caso que en el espacio y en el tiempo, menoscabe los derechos fundamentales humanos basados

en la razón, la dignidad y la libertad humana se pueda restablecer acudiendo a Principios y reglas que auxilie al operador del Derecho en su interpretación, cabe precisar que en el mundo de los valores jurídicos siempre estarán por encima los valores jurídicos supremos en relación a los valores jurídicos instrumentales.

De los segundos, se puede decir, que más que valores son fines o finalidades, por cuanto como fines, tienen un comienzo y un final, que se cumplen en especial, en gobiernos o Estados de tipo Constitucional y Democrático que tienen presente los Derechos Fundamentales y los Derechos Humanos, la Sociedad, el Ciudadano es lo prioritario y siempre deben estar presentes en todo ordenamiento jurídico, ellos son: la Seguridad Jurídica, el Orden Jurídico, la Libertad Jurídica, la Paz, el Poder, la Solidaridad, la Equidad, la Igualdad, la Cooperación y, otros, que como un Hércules debemos encontrar, en alguna parte del Universo Jurídico, cabe precisar que en el mundo de los valores jurídicos siempre estarán por debajo los valores jurídicos instrumentales en relación a los valores jurídicos supremos. Los valores jurídicos, tienen una polaridad y una jerarquía, y, son como liga que pueden restringirse o ampliarse, todo dependerá, en qué tipo de sociedad se ubiquen, así, no serán tan importantes y elásticos los valores jurídicos en una sociedad dictatorial, que, en una sociedad democrática, los valores jurídicos en general son una garantía de que ningún tipo de derecho quede excluido, sino, por el contrario, incluido.



Ahora, en el presente grafico extraído de la Internet, vemos las numeraciones 9, 10 y 12, en la cual no tiene importancia la numera-

ción en sí (eso, puede ser la distracción de la realidad, lo importante, es la idea), pero, sí imaginando el Derecho y la Sociedad, tenemos, que, de una figura a otra, se incrementan los espacios. Así, la figura 9, representaría un Derecho y una Sociedad con puros fines o finalidades instrumentales del Derecho supeditados al Poder, es decir, se conocen pero no se aplican, hay una ausencia de la Justicia, como valor supremo, en la que incluso estaría ausente la Dignidad, está podría estar representada por un Dios Júpiter, aquí las relaciones entre los gobernantes y la población es ejercida por un Poder déspota, que aprovecha para atar y encapsular a toda voluntad humana, como pisoteando los fines instrumentales al capricho de la Autoridad (Monarca, Rey, Dictador, incluso el Demócrata con autogolpe a la Democracia), aquí lo importante a resaltar es el Poder sin Democracia, sin Derechos Humanos y sin Estado de Derecho, la autoridad tirana es la que da la norma sin discusión y que se tiene que acatar, en este tipo es nula la presencia del Fiscal y en el caso del Juez su presencia es mínima y conveniente.

Pasando, a la figura 10, representaría un Derecho y una Sociedad con valores y finalidades mezcladas, es decir, con fines supremos e instrumentales del Derecho, surtidos, pero, que, con lógica, con buena hermenéutica se tiene que hacer prevalecer el uno frente al otro, cuando lo amerite, aquí la lucha por el Derecho debe priorizar la justicia y la dignidad por encima de otras finalidades del Derecho, para ello, se requiere de un avance social, cultural y porque no, económico para el cumplimiento de este tipo de Derecho y Sociedad. Está podría estar representada por un Semi dios Hércules, aquí las relaciones de un Poder excesivo podrían estar controladas y supervisadas por aquellos, que haciendo del Derecho algo útil, no permiten que el exceso y la impunidad del Poder no perjudique a la Comunidad y la persona, en ello, se necesita un Fiscal Hércules a la manera de un Juez Dworkiano, con capacidad, cultura, paciencia e ingenio sobrehumano, a nuestro criterio, sería un Fiscal luchador

permanente para evitar los excesos vengan de donde vengan, debido a su identificación con la especie humana más desprotegida, mas excluida, es un Fiscal que no puede quedar impasivo a su entorno, encuentra los argumentos necesarios para evitar el abuso del Derecho, y, exige, que sus argumentos sean aceptados por el Juez. Aquí lo importante a resaltar es que existe un Poder en una Democracia, y, que los Derechos Humanos y el Estado de Derecho pueden ser afectados por la autoridad aún democrática, pero, que pueden reestablecerse, con un ingenio y creatividad dentro del Derecho, aquí si bien la autoridad da la normatividad esta puede ser interpretada acudiendo a razones de justicia, en este tipo de Derecho y Sociedad si existe el Fiscal, pero tiene que luchar por el Derecho hacerlo o convertirlo en adecuadamente razonable. Su lucha se encuentra en los Tribunales, y, su presencia tiene que ser inexorable en bien de lo dignamente humano.

Por último, pasando, a la figura 12, representaría un Derecho y una Sociedad con valores supremos, es decir, entre la Justicia y la Dignidad como prioridad de la Sociedad y del Derecho, toda interpretación es a favor de una de ellas o por las dos, es decir, por encima de todo criterio ideal como pueden ser los valores jurídicos instrumentales, se tiene que aplicar a favor de la Dignidad Humana y la Justicia frente a la Seguridad Jurídica que no sea coherente a principios como los valores jurídicos supremos, por más que estén mezclados valores con los fines y finalidades del Derecho siempre con lógica y buena hermenéutica se tiene que hacer prevalecer al valor Supremo o al valor Dignidad cuando más se le amerite; aquí la lucha por el Derecho es incesante y permanente, atenta y vigilante, para ello, se requiere de un avance social, cultural y económico futuro, es decir, el hoy sería una utopía, pero, visto como un futurólogo es posible, requiere ánimo, tiempo y esperanza que la humanidad quiere avanzar y pretende disfrutar de este tipo de Derecho y Sociedad, aquí no se le puede ver al Derecho desfasado de su Sociedad, y, la Sociedad

desfasada de la Tecnología y de la Ciencia, es una oportunidad futura que tal vez los descendientes de nuestros descendientes lleguen a disfrutar. Está podría estar representada por un Dios Hermes, aquí las relaciones de entre el Poder y la Comunidad están más controladas, mas dialogadas y más tolerantes, en la que el Derecho no solo es algo útil sino también un actuar con eficacia, no se permite que exista exceso y la impunidad es mínima, en la que el Poder ya no perjudica a la Comunidad y a la persona, en su dignidad, libertad y justicia, en ello, se necesita repensar en un Fiscal Hermes, Hércules a la manera de un Juez Dworkiano, con capacidad, cultura, paciencia e ingenio sobrehumano, a nuestro criterio, sería un Fiscal luchador porque tiene toda una información disponible que le permite llevar su rol a cabalidad, los poderes, los roles del estado están bien delimitados, el gobernante es gobernante, el juez es juez, y el ciudadano merece eso, existe una tremenda identificación autoridad – ciudadano a fin de evitar los excesos vengan de donde vengan, debido a su real y consciente identificación con la especie humana aún desprotegida, pero que es incluida para darle y asegurarle sus derechos, es un Fiscal que debido a la seguridad de las relaciones de poder entre gobernante y ciudadano estable, no queda impasivo a su entorno, siempre encuentra los argumentos necesarios para evitar el abuso del Derecho, y, sus argumentos llevados con objetividad son aceptados por el Juez. Aquí lo importante es resaltar que existe un Poder en una Democracia Social, y, que los Derechos Humanos y el Estado de Derecho no pueden ser afectados por la autoridad Democrática, en el caso de un mínimo desborde legal, se sabe reestablecerlo inmediatamente con ingenio y creatividad dentro del Derecho, en este tipo de Derecho y Sociedad si existe el Fiscal a cabalidad, es así, que controlado el Poder, desarmada la Criminalidad Organizada y la Inseguridad Ciudadana, la humanidad en un Estado de Paz puede realizar los fines y valores más valiosos del Derecho; el Derecho y su ejercicio no solo es adecuadamente razonable sino realizable. La

lucha que se encuentra en los Tribunales no está bajo ningún tipo de presión que pueda impedir que la autoridad fiscal y judicial cumpla sus funciones en equidad e igualdad, una especie de aspiración de Realismo Jurídico, en la que la Sociedad ya no se preocupe por los dictámenes o sentencias emitidos por la autoridad, por cuanto, se encontró a la persona ideal para el cargo, no buscando jueces o fiscales buenos, acudiendo a sus sentimientos, sino, sobre todo, con virtudes jurídicas a fin de que sean objetivos.

### **3 CONCLUSIÓN**

A manera de conclusión, se tiene que la Filosofía y el Derecho están vinculadas, y, sirve para solucionar grandes problemas, una de ellas, es la aplicación efectiva del Derecho, en esa labor, los Fiscales tienen diversos obstáculos, pero con la normatividad nacional e internacional a la mano puede salir airoso en sus grandes desafíos; es así que parece difícil la lucha contra la delincuencia común, organizada, los favorecimientos de la ley, los tráficos de influencias, pero, existe el ingenio para con la norma jurídica o haciendo que ella se restructure para que la Sociedad y el Derecho puedan cumplir a cabalidad con sus reales fines, que frente a un impase entre el valor justicia, como valor supremo y los demás fines instrumentales, como, la Seguridad Jurídica, se puede hacer prevalecer la Justicia y la Dignidad, el Derecho es moldeable, cambiante, hay que hacerlo girar a esa posición que atienda sobremodo a los intereses que favorezcan la Sociedad, la Democracia y el respeto irrestricto a los Derechos Humanos, es un lucha que puede traer consecuencia a la función de un fiscal honorable, pero, dejo la pregunta, sino no se va a ser honorable en el cargo, para que ocuparlo, o simplemente ¿Por qué ser fiscal en estos tiempos?

## THE PARADIGM OF THE LATIN AMERICAN FISCAL CHALLENGES OF JUSTICE: JUSTICE AND LEGAL SECURITY

### ABSTRACT

*In the present essay, it is proposed to have a new paradigm in the Latin American Prosecutor, inclined towards a classification of supreme legal values against the abuse of Power, Organized Crime and Citizen Insecurity, taking an ethical position from the doctrine of the Philosophy of Law.*

**Key words:** *Paradigms. Prosecutor. Latin American. Interpretation. Supreme Legal Values. Instrumental Legal Values.*

### REFERENCIAS

Atienza, Manuel. **Ideas para una filosofía del derecho** – una propuesta para el mundo latino. Fondo Editorial Universidad Garcilaso de la Vega, Perú, año 2008, p.p. 114-120.

García Amado, Juan Antonio. **Iusmoralismo (s)** dworkin, Alexy, Nino, Legisprudencia, Perú, año 2014, p. 29.

Ost, François. Júpiter, hércules, hermes: tres modelos de juez, Doxa, n.º. 14 **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, España, año 1993, p.p. 169-194.

Popper, Karl R. **Sociedad abierta, universo abierto** – Conversación con Franz Kreuzer, Editorial Tecnos, quinta edición, España, año 2012, pág. 141, 152-153.

Villalobos Caballero, Miguel Angel. **La finalidad del derecho**, Lima: Editorial RAO Jurídica, Perú, año 2004, página 130.

Villalobos Caballero, Miguel Angel. **El derecho como reflexión filosófica**. Editorial, Lima, Perú, El Renacer, año 2010, p.p. 66, 67.

Villalobos Caballero, Miguel Angel. **¿Qué es y para qué sirve la filosofía del derecho?**, Revista Institucional del Ministerio Público – Junín, Año V N.º. 05 – 2013, Publicado en abril del 2014, pág. 20.

Ver Internet:

<https://www.google.com.pe/search?q=malos+tiempos+para+la+muerte+digna&oq=malos+tiempos+para+la+muerte+digna&aqs=chrome.69i57.22457j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>





**VENDA PROIBIDA  
IMPRESSO COM  
RECURSOS PÚBLICOS**



Rua Assunção 1.200 - José Bonifácio, Fortaleza-CE  
CEP: 60.050-011 - Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713  
[www.mpce.mp.br/institucional/esmp](http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp)

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